

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN EN LA
APLICACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE
INVERSIONES**

Cristina Valeria Viteri Torres

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título
de Abogada de los Tribunales de la República

Quito, Mayo de 2007

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**“DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN EN LA
APLICACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES”**

CRISTINA VALERIA VITERI TORRES

Dr. Alvaro Galindo
Director de Tesis y
Presidente del Tribunal

(firma)

Dr. Rodrigo Jijón
Delegado del Decano

(firma)

Dr. Gustavo Jalkh
Lector e Informante del ensayo Jurídico

(firma)

Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia

(firma)

Quito, Mayo 14, 2007

© **Derechos de autor**
Cristina Valeria Viteri Torres
2007

Agradezco al Dr. Álvaro Galindo, al Dr. Fabián Andrade y al Dr. Juan Carlos Mejía por haber contribuido en la realización de esta tesina.

De igual forma a Andrés Becdach por haber sido mi compañero, mi amigo, mi pareja y ahora mi colega.

Dedicado a mis padres Mario e Inés
por haber iluminado mi camino con
sabiduría y amor incondicional.

RESUMEN

La expropiación es una figura de excepción que debe ser aplicada cuando los intereses privados y estatales no pueden ser conciliados. Para llevar a cabo una debida expropiación es necesaria la declaratoria de utilidad pública correspondiente y el pago de una compensación. Si embargo, la figura jurídica de la expropiación puede ser invocada cuando un Estado anfitrión ha actuado de manera ilegítima y arbitraria en contra de un inversionista extranjero, menoscabando su inversión a través de la ejecución de una medida regulatoria ilícita, bajo los poderes de policía del Estado. La misma puede despojarlo de su propiedad o afectarla en tal magnitud que destruya por completo el valor económico de la inversión. Por estos motivos, el Derecho Internacional debe otorgar una base idónea en la cual los Estados y los Inversionistas actúen enmarcados en los principios legales, sin ocasionarse perjuicios irreparables y respetando las obligaciones contraídas a través de los Tratado Bilaterales de Inversiones.

ABSTRACT

Expropriation is an exceptional figure that should be applied when private and State interests are unable to conciliate. In order to achieve an appropriate expropriation it's necessary to obtain the corresponding public utility declaration and the payment of compensation. However, the legal figure of expropriation could be invoked when the host State has acted illegitimate and arbitrarily against a foreign investor, underestimating their investment through the execution of an illicit regulatory measure, under the State's police powers. Expropriation may take away and investor's property or affect it in such a magnitude that it would completely destroy the investment's economic value. Because of these motives, International Law must give fitting bases so that States and Investors act according to the legal principles, without causing irreparable damages and respecting the obligations stated in the Bilateral Investment Treaties.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL TEMA:

LA EXPROPIACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

| | Página |
|---|--------|
| 1. Antecedentes Históricos..... | 16 |
| 2. Teorías sobre la noción de expropiación..... | 23 |
| 2.1. Teoría de la Colisión de Derechos..... | 23 |
| 2.2. Teoría de la Función Social de la Propiedad..... | 23 |
| 2.3. Teoría de las Reservas..... | 23 |
| 2.4. Teoría del dominio eminente..... | 24 |
| 2.5. Teoría de los fines del Estado..... | 25 |
| 3. Expropiación Directa..... | 26 |
| 3.1. Nociones Generales..... | 26 |
| 3.2. La expropiación directa dentro de nuestra legislación..... | 27 |
| 3.3. La expropiación directa aplicada a los inversionistas extranjeros..... | 29 |
| 4. Fuerza Expansiva de la Noción Jurídica de la Expropiación..... | 31 |
| 5. Expropiación Indirecta..... | 31 |

CAPÍTULO II

ELEMENTOS PARA UNA DEFINICIÓN DE EXPROPIACIÓN A

LA LUZ DEL DERECHO DE INVERSIONES

| | |
|--|----|
| 1. La Propiedad Privada..... | 36 |
| 2. El Poder de Policía del Estado..... | 39 |
| 3. Las Medidas Regulatorias..... | 42 |

| | |
|--|----|
| 3.1. Doctrina del Efecto Solitario “Sole Effect Test”..... | 46 |
| 3.2. Doctrina del Propósito de la Medida “Purpose Test”..... | 48 |
| 3.3. El Test de Proporcionalidad..... | 51 |
| 4. Las Expectativas Legítimas..... | 54 |
| 5. El Estándar Mínimo..... | 57 |
| 6. El Pago de una Compensación | 60 |
| 6.1. Fórmula Hull..... | 63 |
| 7. La No Compensación..... | 65 |
| 7.1. El Orden Público y la Moral..... | 67 |
| 7.2. El Medio Ambiente y la Salud Pública..... | 69 |
| 7.3. La Tributación..... | 71 |
| 8. La Nacionalización..... | 72 |
| 9. La Confiscación..... | 77 |

CAPÍTULO III

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LOS INVERSIONISTAS FRENTE A MEDIDAS EXPROPIATORIAS

| | |
|--|----|
| 1. Desarrollo de los Tratados Bilaterales de Inversiones dentro del Comercio Internacional..... | 79 |
| 2. Los Tratados Bilaterales de Inversiones y la Expropiación Indirecta..... | 82 |
| 3. Importancia de la definición del término “inversión”, que en última instancia determina lo que es expropiable..... | 87 |
| 4. Principios establecidos dentro de los TBI’s..... | 89 |
| 4.1. Trato Justo y Equitativo..... | 90 |
| 4.2. La no Discriminación..... | 91 |
| 4.3. Trato Nacional..... | 93 |
| 4.4. Trato de Nación Más Favorecida..... | 94 |

| | |
|--|-----|
| 5. Jurisprudencia Internacional sobre Expropiaciones..... | 95 |
| 5.1. Caso Metalclad Corporation vs. Los Estados Unidos Mexicanos..... | 95 |
| 6. Análisis de la Disputa entre la República del Ecuador y la Occidental Exploration and Production Company (Oxy) debido a la Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación..... | 103 |

CAPÍTULO IV

CUADRO DE DEFINICIONES

| | |
|--|-----|
| 1. Cuadro Comparativo entre los Tratados Bilaterales de Inversiones firmados por el Ecuador, el Tratado de Libre Comercio de Chile – USA, Perú – USA, Colombia - USA y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte..... | 115 |
| 2. Elementos Comunes..... | 119 |
| 3. Elementos Diferenciadores..... | 120 |
| 4. Definición de Expropiación..... | 121 |

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|--|-----|
| 1. Conclusiones y Recomendaciones..... | 124 |
|--|-----|

INTRODUCCIÓN

RUDOLF DOLZER¹, reconocido autor internacional en materia de inversiones, predijo que la tarea de definir el término expropiación, podría en el futuro dominar el contexto legal internacional sobre inversiones. Las investigaciones realizadas dentro de este campo, apuntan al descubrimiento de una base apropiada para distinguir expropiación por una mano y regulaciones no compensatorias en la otra.

La doctrina y la jurisprudencia internacional sobre expropiación, no han sido completamente definidas dentro del derecho internacional. Muchos factores influyen para que esta sea una tarea compleja, entre los cuales se encuentran la diversidad de intereses en juego, las divergencias sobre el concepto de propiedad de índole cultural, económica y legal y los diferentes entendimientos del rol del Estado. Los tribunales internacionales, así como los autores de derecho internacional en materia de

¹ R. DOLZER, Indirect Expropriations, New Developments? Citado por: Cfr. Y. FORTIER: "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID REVIEW: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Volume 19, Number 2, Fall 2004, p. 293.

inversiones, frecuentemente acuden a un análisis comparativo de legislación interna relevante con los principios generales del derecho internacional, para entender y reconciliar estos factores.

“La expropiación es un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre dos intereses: el público y el privado.”² Por este motivo constituye un procedimiento extraordinario y de excepción, al cual sólo se debe recurrir para satisfacer fines de utilidad pública stricto sensu. No es necesario empleársela cuando la respectiva necesidad o utilidad pública puede satisfacerse imponiendo otra medida de carácter legal. Por idoneidad de motivos, tampoco es admisible que el Estado, para cubrir su inercia y a veces mala administración, desapropie a los particulares de bienes que, con un poco de diligencia, podría procurarse por sí mismo. Esto ocurre cuando el Estado actúa de forma ilegítima, socavando la propiedad del inversionista extranjero, lo que constituye un golpe a la iniciativa y actividad creadora de los administrados.

A su vez no es un medio de especulación oficial, ni de enriquecimiento injusto, a costa del expropiado. Es por ello que no se puede expropiar para revender y lucrar con el beneficio que se obtenga. Dicho beneficio pecuniario, o especulación financiera, no quedan incluidos en el concepto honesto de utilidad pública. Esta figura legal es de aplicación “restrictiva”, es decir, debe recurrirse a ella como última “ratio”. Además, si un determinado resultado o finalidad pueden lograrse o alcanzarse sin expropiar, así debe procederse.

En la actualidad es necesaria la inversión extranjera para el desarrollo de los pueblos, por la escasez de capitales, el requerimiento de tecnología moderna y las condiciones del mundo globalizado. Necesitamos atraer las inversiones extranjeras, bajo condiciones equitativas y de responsabilidad social, con una visión del desarrollo nacional, fortaleciendo simultáneamente nuestro mercado y producción interna. Debemos recibir al capital foráneo que genere riqueza y empleo, al igual que un

² M. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Sexta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 126.

reparto equitativo de los beneficios, que respete nuestra soberanía y la supremacía de nuestras leyes y tribunales.

El Estado tiene la obligación de actuar de una forma clara y transparente, fomentando la seguridad jurídica y procurando que tanto el Estado como el inversionista mantengan una cooperación mutua. La figura legal de la expropiación no puede constituirse en un mecanismo ilegal y arbitrario, así como los inversionistas extranjeros no deberían usar los Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones como pólizas de seguros, para demandar a un Estado por motivos injustificados. El Derecho Internacional aplicado a las inversiones debe crear un marco legal en el cual, el Estado y el inversionista puedan interactuar de tal manera que ambos se constituyan en beneficiarios.

Por estos motivos, en el desarrollo de esta tesina, se plantea como hipótesis de trabajo el establecimiento de un ámbito legal pertinente, en el cual la conceptualización de la expropiación sea realizada de manera que no se permitan brechas, que a su vez propendan a prácticas arbitrarias e ilegítimas. Considero necesario señalar que los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante TBI's), son instrumentos internacionales que deben contener las garantías suficientes para que los inversionistas ejecuten actividades comerciales dentro de un Estado, con seguridad y confianza. Por lo tanto, la expropiación debería ser un mecanismo que ampare a ambas partes, en razón de que nacionales y extranjeros reciban el mismo trato, configurando un determinado parámetro a sus actuaciones, para conocer con exactitud cuando es confiscatoria a los intereses legítimos de una de las partes.

Para poder entender de manera diáfana la figura de la expropiación, analizaré de forma general como ha evolucionado en la historia. A su vez, dentro del Primer Capítulo realizaré un estudio objetivo sobre las primeras aproximaciones a la noción de expropiación, acorde con las teorías dadas por la doctrina. Examinaré concisamente en que se fundamenta la expropiación directa, plantearé su definición en función de lo que señalan los autores reconocidos sobre la materia, su aplicación dentro de la legislación ecuatoriana y sobre los inversionistas extranjeros. Señalaré por

qué el concepto de expropiación ha sido expandido a otras áreas del derecho, de tal forma que dentro del Derecho Internacional la acepción utilizada para identificar a las prácticas arbitrarias del Estado es conocida como expropiación indirecta, la misma que no ha sido completamente definida en el contexto legal.

En el Segundo Capítulo expondré los factores influyentes dentro de la definición de expropiación indirecta, tales como: la propiedad, el poder de policía del Estado, las medidas regulatorias, las expectativas legítimas, el estándar mínimo aplicable, la compensación, los motivos por los cuales no se debe compensar a un inversionista y las diferencias existentes con nacionalización y confiscación. A través del examen de cada uno de ellos, será posible identificar en que circunstancias los Estados actúan de manera legal o cuando los inversionistas toman medidas proteccionistas que se constituyen en ilícitos a su favor.

Dentro del Tercer Capítulo podremos observar la implicación que tienen los TBI's como los medios idóneos para prevenir las expropiaciones indirectas. Especificaré cuales han sido las razones para la creación de estos instrumentos internacionales, la manera en que se relacionan con las expropiaciones indirectas, qué son las inversiones y cuál es su importancia, así como los principios de derecho internacional que se encuentran incluidos dentro dichos Tratados. A manera de ejemplo examinaré un caso de expropiación indirecta resuelto en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. De igual forma haré un análisis sobre la disputa en que se encuentra el Estado Ecuatoriano con la Occidental Exploration and Production Company, la misma que según varios analistas podría ser considerada como expropiación indirecta.

En el Cuarto Capítulo efectuaré un cuadro sinóptico de las cláusulas referentes a la expropiación, que se encuentran en los TBI's suscritos por el Ecuador, así como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN) y el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos (en adelante TLC Chile-USA). Mediante este análisis identificaré los elementos comunes y diferenciadores que podrán ser útiles para la conformación de la definición de expropiación.

El Quinto Capítulo recogerá los factores más importantes para poder llevar a cabo una definición concisa sobre expropiación. A su vez, mediante la recopilación de toda la información concebida en el estudio de esta figura jurídica, elaboraré las recomendaciones necesarias para que no se cometan ilícitos por parte de los Estados e Inversionistas, teniendo como pretexto una amplia e inaplicable definición de expropiación.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA: LA EXPROPIACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

1. Antecedentes Históricos:

Desde el principio de los tiempos, los seres humanos han efectuado variadas transacciones comerciales para poder armonizar su vida en sociedad y abastecerse de productos que les provean de los medios necesarios para poder subsistir. La primera forma de comercio fue realizada a través del trueque, como un mecanismo por el cual los individuos podían intercambiar sus productos. No obstante, durante la historia se desarrollaron nuevas formas de comercio, entre las cuales se encuentran las inversiones extranjeras, como mecanismos de cooperación económica entre los individuos y los Estados.

Se han logrado verificar referencias relacionadas a las inversiones extranjeras que datan desde la época de los Faraones de Egipto, con inversiones realizadas por el Estado o sus comerciantes en los distintos países. A principios del siglo XVII Inglaterra invirtió en India y Canadá, mediante el establecimiento de nuevas formas

de asociación mercantil conocidas como la “Compañía Británica de la India Oriental” y la “Compañía de Comercio de la Bahía de Hudson”. Posteriormente, en el Siglo XVIII, la más prevaleciente forma de inversión extranjera era indirecta, a través de préstamos y títulos Estatales³.

De la misma forma, desde épocas antiguas, la figura legal correspondiente a la expropiación ha sido de trascendental importancia, como un mecanismo por el cual la autoridad máxima de un pueblo, reino, nación o Estado, podía adquirir la propiedad de los individuos, súbditos, administrados o ciudadanos, mediante el pago de una compensación. Es así como aparece en el contexto legal, dado que en la mayoría de civilizaciones se ha logrado encontrar referencias que verifican su existencia en las legislaciones de los distintos Estados.

Se han descubierto vestigios de la figura jurídica concerniente a la expropiación en los cultos religiosos, como una potestad superior para tomar la propiedad y utilizarla en función del bienestar general. En la Sagrada Biblia de la Religión Católica, dentro del libro 2do de Samuel, capítulo 24, versículos 21 al 25, se dice lo siguiente:

“El Rey requiere la propiedad de los particulares para levantar un altar a Dios con el objeto de que cese la plaga o mortandad en el pueblo, pero aclara que tal entrega de la propiedad será mediante pago de precio porque no ofreceré a Jehová mi Dios holocausto por nada”⁴.

A su vez, se han encontrado testimonios de su existencia en el Antiguo Régimen francés, el cual distinguió entre el “dominio eminente” y el “dominio útil”. El primero se aplicaba sobre todos los bienes del Reino y era un concepto jurídico basado en la idea de una comunidad original de bienes que ejerce el soberano, mientras que el segundo corresponde a los particulares⁵. Este sistema sigue siendo utilizado en algunos Estados.

³ Cfr. D. BISHOP, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 2

⁴ M. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho ...*, op. cit, p. 144

⁵ Cfr. MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Cours de Droit Administratif de Biens*, Montchrestien, París, 2001, p. 373.

En 1789, dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se instauró en el Artículo 17 que:

“la propiedad es inviolable y sagrada, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y a condición de una justa y previa indemnización”⁶

El precepto otorgado gracias a la Revolución Francesa amparaba a la propiedad de los individuos, siendo esta un derecho inviolable y sagrado, que podía ser tomado, únicamente, cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exigía y bajo la condición de una justa y previa indemnización.

Sin embargo, el principio amparado bajo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue desplegado en la normativa jurídica histórica con anterioridad. Según MORAND-DEVILLER⁷, en el Derecho Romano se manifestaba la necesidad de obligar a los particulares a la cesión forzada de sus bienes, que procedía cuando se revelaba imposible el arreglo amigable y lo exigía el bien público común. No obstante, este análisis se remonta a la Grecia antigua, donde inicialmente se desarrolló esta figura jurídica.

Cuando los gobiernos nacionales de los Estado anfitriones empezaron a expropiar las inversiones extranjeras, lo hicieron bajo el principio internacional de soberanía territorial dado por el Derecho Internacional. Las cortes locales fueron injustas con los inversionistas extranjeros, actuando de manera inequitativa e ilegal, lo que motivó a que acudan a sus propios gobiernos en búsqueda de protección. El Estado del inversionista, si estaba inclinado a ayudar a su nacional, respondía sea mediante la fuerza militar llamada “diplomacia del garrote” (gunboat diplomacy), o proveyendo una protección diplomática. Dicha protección era usualmente llevada a cabo, a través de notas entre los gobiernos, que contenían el reclamo formal del inversionista extranjero sobre la toma de su propiedad y demandando la devolución o el pago de una compensación⁸.

⁶ M. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 147

⁷ Cfr. MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Cours de Droit ...*, op. cit., p. 369.

⁸ Cfr. D. BISHOP, *Foreign Investment Disputes...*, op. cit., p. 3.

La intervención efectuada por el Estado del inversionista inevitablemente creaba confrontaciones y conflictos con los Estados anfitriones. En la primera mitad del siglo XX, las disputas se precipitaron por medidas establecidas en la reforma agraria de varios países, la nacionalización de la industria del petróleo en México de los años 30, el repudio de ciertas concesiones gubernamentales en Centro América, la transformación de toda la economía de la Unión Soviética al socialismo en 1917, las interrupciones o desplazamientos que resultaron de la Primera Guerra Mundial, el desmantelamiento del Imperio Otomano y la creación de nuevos gobiernos nacionalistas como Iraq⁹.

En el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial se creó la Corte Internacional de Justicia Permanente. Después de la Segunda Guerra Mundial, las disputas sobre inversiones resultaron de la imposición de las economías socialistas en Europa Occidental, la nacionalización de determinadas industrias en Europa Oriental, la independencia de varias colonias y la nacionalización de ciertas concesiones de petróleo y minas en Libia, Kuwait, Arabia Saudita, Irán, Iraq, Chile y Jamaica entre otros¹⁰.

Además, después de la Segunda Guerra Mundial el derecho de propiedad, incluyendo el pago de una indemnización por expropiación, fueron removidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de las Constituciones de variados países¹¹.

Los esfuerzos por organizar la protección para las inversiones extranjeras y los métodos para resolver disputas comenzaron después de la Segunda Guerra Mundial. En 1950, pocos países negociaban los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, los cuales contenían provisiones para regular el trato a las inversiones extranjeras. En 1961, los Profesores LOUIS SOHN Y RICHARD BAXTER de la Facultad de Derecho de Harvard publicaron “a Draft Convention on the International Responsibility of

⁹ Cfr. D. BISHOP: *Foreign Investment Disputes...*, op. cit., p. 3.

¹⁰ Ibid, p. 4.

¹¹ Ibid.

Status for Injuries to Aliens”, el cual además de ser uno de los primeros instrumentos para proteger a las inversiones, ha tenido una gran influencia en el desarrollo del derecho internacional sobre inversiones¹².

En 1962, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 1803, denominada “Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales”, reconociendo la autoridad de los gobiernos de nacionalizar las inversiones en sus recursos naturales y proporcionando la compensación apropiada al inversionista, a quien la propiedad se le fue quitada. Esta resolución también señaló que los convenios sobre inversiones extranjeras “debían ser observados de buena fe”¹³.

En 1965, el Banco Mundial concluyó “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States” (Convenio de Washington), y entró en vigor en 1966. El convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), para administrar arbitrajes entre gobiernos contratantes y nacionales de otros gobiernos contratantes, por disputas relativas directamente a una inversión. El CIADI fue la primera institución diseñada específicamente como un foro para administrar disputas sobre inversiones extranjeras.¹⁴

A principios de los años 70’s el nuevo régimen de Mu’ammarr Qaddafi en Libia nacionalizó la industria del petróleo, Chile nacionalizó el cobre y Jamaica expulsó fuera del país a varias compañías extranjeras que explotaban bauxita, repudiando sus contratos. El término de la década ocurrió con la nacionalización del petróleo en Kuwait sobre la Compañía Americana Independiente de Petróleos. En esta misma época ocurrió la revolución de Irán en la cual se expulsaron a todas las compañías estadounidenses y se dio el establecimiento del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense¹⁵.

¹² Ibid, p. 5.

¹³ Cfr. D. BISHOP: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 5

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

En la década de estas turbulentas expropiaciones, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó las resoluciones 3201 y 3281, tituladas respectivamente, “Declaración sobre el Establecimiento del Nuevo Orden Económico Mundial” y “Carta de Derechos Económicos y Deberes de los Estados”. Estas resoluciones fueron diseñadas para crear el muy llamado “Nuevo Orden Económico Internacional”, permitiendo que cada país escoja su propio sistema económico, el ejercicio de su soberanía sobre sus recursos naturales y proveyendo la capacidad de resolver cualquier disputa sobre expropiaciones, por la ley del Estado anfitrión y sus propias cortes¹⁶.

Los TBI’s se hicieron populares después de la Segunda Guerra Mundial. Uno de los primeros ejemplos es el TBI entre Alemania y Pakistán, firmado en 1959. Las provisiones incluidas en ellos son protecciones a las inversiones extranjeras en contra de la discriminación, restricciones a las transferencias de capital, expropiación y eventos similares que resultaren en pérdidas al inversionista. En 1985 se creó bajo el auspicio del Banco Mundial, la Convención para el Establecimiento de la Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones (en adelante MIGA), para motivar los flujos de inversión, particularmente de países menos desarrollados, proveyendo protección a la inversión extranjera privada, asistencia técnica y consejos políticos acerca de temas de inversiones. En 1990 se firmaron numerosos TBI’s y en 1992 el TLCAN por parte de Estados Unidos, Canadá y México¹⁷.

El enfoque anglosajón sobre la expropiación, conserva el marco de la doctrina generalizada del *dominium eminens* vigente en Europa antes de la revolución francesa. La Constitución estadounidense reconoce las garantías de la compensación y de la finalidad pública, pero en Inglaterra, “el Parlamento... puede, cuando así lo desea, expropiar sin compensación y en violación de los derechos legales vigentes, de una manera que no se permite en otros países que disfrutan de una Constitución escrita y de una declaratoria de derechos”¹⁸. Los Estados Unidos han firmado 45

¹⁶ Ibid. p. 6.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Cfr. H. WADE, Y C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, Londres, 2000, pp. 786-787.

TBI's, de los cuales se encuentran ratificados alrededor de 37. Es el país que más controversias ha sostenido en función de los mismos y del TLCAN.

En nuestro país, la expropiación formó parte de la normativa interna a partir de la primera Constitución Política, ya que el artículo 62 de la misma disponía lo siguiente:

“nadie puede ser privado de su propiedad... sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón”¹⁹.

Actualmente tenemos firmados 23 TBI's con distintos países de todo el mundo y a su vez hemos enfrentado varias demandas en el CIADI por expropiación indirecta.

Las distintas legislaciones, durante la historia han asumido la tarea de desarrollar nociones y normativa alrededor de la expropiación, por constituirse una figura jurídica que ha gozado de gran trascendencia en el tiempo. No obstante, la serie de conflictos presentados y la inestabilidad que existe en el Derecho Internacional ha dado cabida a que numerosas injusticias se lleven a cabo, con respecto al manejo de las inversiones en los Estado anfitriones. Por este motivo, pese a los cuantiosos acuerdos, convenios y demás mecanismo para proteger a las inversiones, en la actualidad solamente a través de los TBI's se ha podido proveer de una protección efectiva hacia las mismas.

Esta área del Derecho Internacional sigue en constate crecimiento y no comprende dentro de sí, todos los mecanismos necesarios para proteger a los inversionistas extranjeros y a los Estados. Estos antecedentes históricos han contribuido a la elaboración de un marco teórico en el cual podamos construir un concepto de expropiación, dentro del derecho interno de cada uno de los países y a nivel internacional. Bajo estos antecedentes históricos se han creado pautas y diferentes hipótesis, que propenden a la conformación de un marco legal alrededor de la expropiación. Asimismo, los autores han desplegado una serie de teorías que han ayudado a que los distintos Estados, adopten dentro de su legislación doméstica, a la figura jurídica concerniente a la expropiación.

¹⁹ PRIMER REGISTRO AUTÉNTICO NACIONAL (AÑO DE 1830). Imprenta de Gobierno, por Juan Campuzano. Quito, 1840. p. 30.

2. Teorías Sobre la Noción de Expropiación:

2.1. Teoría de la Colisión de Derechos

El fundamento de esta teoría es la superioridad del derecho público sobre el derecho privado. La propiedad del titular de una cosa debe ceder ante el derecho superior de la colectividad, mediante la expropiación. Esta posición fue desestimada, sustentándose que para aceptar la existencia de un conflicto entre el interés privado y el público, sería menester que se tratase de intereses cualitativamente idénticos y cualitativamente diferentes. La teoría carece de sustento porque entre los expresados intereses no hay cuestión de cantidad sino de calidad.²⁰

2.2. Teoría de la Función Social de la Propiedad.

Su principal expositor fue Duguit, quién sostuvo que la propiedad inmobiliaria no puede explicarse sino por su utilidad social, ya que su legitimidad se demuestra sí en una época dada es socialmente útil. Ésta doctrina únicamente tiene sustento dentro del positivismo de Duguit, que niega una concepción individualista de la sociedad y del derecho objetivo, de manera que desconoce la noción de derecho subjetivo. Por lo tanto, no tiene cabida en los sistemas donde la Constitución reconoce al derecho de propiedad como subjetivo, aunque con doble función, personal y social.²¹

2.3. Teoría de las Reservas

El fundamento de la expropiación se encuentra en el origen histórico de la propiedad dentro del Estado de naturaleza. El hombre aparece primero en estado de comunidad, donde el individuo no es sino un instrumento y una simple parte. Posteriormente afirma su individualidad, tratando de desprenderse de la sociedad, a través armonía entre su tendencia particular con la tendencia social. La propiedad

²⁰ Cfr. M. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p.137.

²¹ Ibid, p.138.

reconoce las mismas fases durante su desarrollo. En sus orígenes es colectiva, después se transforma en individual y luego tiene a atemperarse conforme a los fines de la sociedad y del Estado. La propiedad colectiva se mantuvo a través de siglos, cuando surgió la propiedad individual, el poder social se reservó el derecho de retirar del dominio individual, para hacerlas entrar en el dominio común, mediante indemnización, a los particulares cuya posesión fuese exigida por la utilidad pública. Según esta teoría no existe oposición entre el derecho propiedad y la expropiación, por cuanto el primero estaba condicionado a ser extinguido por causa de utilidad pública, para retomar a la propiedad colectiva.

La teoría en referencia fue objetada porque no se puede probar categóricamente los hechos que la determinan, puesto que son suposiciones o deducciones. Se sostuvo que no se ve la necesidad de correlacionar un hecho con otro: colectiva en un ciclo, individualista en otro, social en uno posterior. La propiedad es por naturaleza evolutiva, se acomoda a las circunstancias sociales de cada momento, por eso no puede haber un fundamento uniforme y general para todas las etapas.²²

2.4. Teoría del dominio eminente

Conforme a las referencias de Mayer, la expropiación comienza por formar parte de esa serie de derechos especiales que, en manos de los príncipes, debió más tarde consolidarse para constituir la soberanía. El poder de quitar la propiedad privada, cuando el interés público lo exige, es reconocido como derecho de superioridad. En un principio, este derecho está comprendido en la noción más general del *ius eminens* que, en esta aplicación recibe muy lógicamente la calificación de *dominium eminens*. El príncipe, en virtud de su derecho superior general, puede suprimir ese derecho como todos los otros.

Hoy, lo que se entiende por dominio eminente no es otra cosa que la expresión de la soberanía. Es una teoría de origen feudal, vinculada a la soberanía

²² Cfr. M. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 139.

territorial. La expropiación es el ejercicio del *ius eminentis* que pertenecía al soberano sobre los bienes de los súbditos. Tal doctrina, aunque aceptada por diversos expositores, ha sido repudiada.

Actualmente, se ha concebido como insuficiente, debido a que la soberanía es territorial, sobre la propiedad inmobiliaria, más no sobre la propiedad mobiliaria y los derechos. Por ello, se planteó que el concepto de dominio eminente sea reemplazado por el de una potestas de legislación, jurisdicción y policía, que buscan promocionar el bienestar general. No obstante, es imposible de justificar el derecho a la indemnización a favor del expropiado, ya que la naturaleza misma del *dominium eminentis* es su absolutismo o ausencia de limitaciones jurídicas. Además, si la expropiación pretende justificarse en el *ius politiae*, tampoco puede ser explicado jurídicamente el derecho a indemnización, desde que el ejercicio de poder del policía, por sí sólo, no da lugar a resarcimiento. El dominio eminente, invocado como fundamento de la expropiación, no es aceptable ni aun donde la expropiación se refiera exclusivamente a inmueble.²³

2.5. Teoría de los fines del Estado

Uno de los fines esenciales del Estado actual es promover el bien común. Para que se cumpla con el bienestar general, los intereses generales van por encima de los particulares, y en tal hipótesis es necesaria la expropiación para contribuir al progreso social. Por lo tanto, la expropiación tiene como fundamento la necesidad de que el Estado realice sus fines “jurídico–sociales”. Es así como la expropiación se constituye en un instrumento de gobierno.

La figura legal de la expropiación permite que el Estado lleve a cabo sus fines esenciales, de tal manera que justifica su naturaleza como un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre el interés público y privado.²⁴ Dentro de variados artículos de nuestra Constitución se establece la promoción del “bien común” de la generalidad. Esta teoría ha sido aceptada dentro de la legislación

²³ M. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., pp. 140 – 141.

²⁴ *Ibid*, pp. 141 - 142

ecuatoriana, provocando el surgimiento de la figura legal de la expropiación como una situación de excepción, en las circunstancias que amerite y en favor del bienestar general.

3. Expropiación Directa

3.1. Nociones Generales

La expropiación se manifiesta, en el ámbito jurídico, cuando ocurre una incompatibilidad entre el interés del particular o administrado y el interés del Estado, representante de la colectividad, comunidad o sociedad. Sí el derecho del administrado a la utilización de un determinado bien o cosa, colisiona con el interés del Estado a utilizar esa misma cosas o bien con fines de utilidad pública, el expresado interés individual o particular debe racionalmente ceder ante los requerimientos públicos. En tal sentido, se puede decir que “el derecho de los más se sobrepone al derecho de los menos”²⁵. Este principio se encuentra dentro del Artículo 97, numeral 4 de nuestra Constitución Política, en donde se plantea como deber y responsabilidad de los administrados: “Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular”.

DROMI²⁶ define la expropiación como:

“(…) el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única.”

El Estado adquiere la propiedad del particular, sin producir una lesión jurídica al derecho del administrado. Para lograrlo, sin menoscabar la moral, el derecho o el orden jurídico de los Estados, se utiliza la figura de la expropiación, de manera que

²⁵ M. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., pp. 126 - 127

²⁶ DROMI, ROBERTO: *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004. p. 951

ésta se constituye en un “medio ético jurídico mediante el cual hallan armonía el interés público y el interés privado, ante los requerimientos del primero”²⁷.

El administrado, no puede ser despojado de su propiedad privada, con el fin de satisfacer las exigencias colectivas, sin recibir un pago e indemnización por la afectación que se produce sobre su derecho de propiedad. Por este motivo el procedimiento expropiatorio debe encontrar una relación plausible entre los intereses públicos, sin lesionar los intereses privados. GARCÍA Y FERNÁNDEZ²⁸ califican la expropiación como “sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados”

La expropiación produce dos efectos esenciales: la transferencia del derecho de propiedad del expropiado al expropiante y el nacimiento del derecho a la indemnización a favor del expropiado. En virtud de ella el Estado extingue el derecho de la propiedad sobre un bien, mediante una previa indemnización, para destinarlo a la satisfacción de una utilidad pública.²⁹

3.2. La expropiación directa dentro de la legislación ecuatoriana

Dentro de nuestra legislación, el Artículo 48 de la Constitución Política establece que “la propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.” Asimismo, el Artículo 792 del Código de Procedimiento Civil, garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social. Dispone a su vez que a nadie puede privarse de su propiedad raíz en virtud de una expropiación, sino en conformidad con lo que dispusieren leyes especiales sobre expropiación para

²⁷ M. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 126 - 127

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, Thompson-Civitas, Tomo II, p. 210.

²⁹ Cfr. R. DROMI: *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 951

construcción, ensanche y mejoras de caminos, ferrovías, campos de aviación y poblaciones.

Acorde con el Artículo 32 de la Constitución Política, “para hacer efectivo el derecho de vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley. El Estado estimulará los programas de vivienda de interés social.” De igual forma, el Artículo 33 de la norma suprema establece que “para fines y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.” El Estado tiene la prerrogativa de expropiar la propiedad a los administrados, en determinadas circunstancias, siempre que realicen un pago efectivo y justo. Al respecto, es preciso aclarar que el juicio de expropiación solo tiene por objeto determinar el valor que deba pagarse como precio, cuando no ha habido acuerdo entre las partes, por la cosa expropiada, pago sin el cual no puede ocupársela.

El dominio del bien inmueble lo obtiene el Estado o la entidad del sector público cuando se perfecciona la declaratoria de utilidad pública, para así poder proceder a la expropiación, que es un acto de imperio. La disposición contenida en el inciso 2do del Artículo 183 de la Constitución de la República estipula que nadie puede ser privado ni de la posesión de sus bienes, sino en virtud del mandato judicial o de expropiación, legalmente verificada, por causa de utilidad pública, y se limita a estos dos casos que son diversos: el primero que se refiere a los casos generales que requieren la intervención judicial, por ejemplo, el de ejecución o el de concurso de acreedores, en que la parte no puede ocupar de hecho los bienes del deudor para cubrir su crédito; y el segundo, a los casos de expropiación en que deba pagarse el precio de la cosa expropiada previamente a la ocupación.

Según el Artículo 24, num. 13 de la Constitución “las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes

de hecho”. Al amparo de esta norma, la declaratoria de utilidad pública debe cumplir con los preceptos de ley, observando los requisitos establecidos dentro del ordenamiento jurídico. Para tales efectos, se debe determinar la aplicación de las normas suplementarias determinadas en la Ley de Contratación Pública y en su Reglamento de aplicación, tanto más cuanto que, el Capítulo Cuarto de la Sección Segunda de la Ley de Régimen Municipal, Ley especial para los temas municipales, que determina claramente la forma y los mecanismos inherentes, que han de seguir las municipalidades, en los procesos de expropiación.

El Artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta que si la cosa expropiada no se destinare al objeto para el cual los terrenos fueron expropiados, el dueño anterior puede readquirirla, esto es, que los terrenos expropiados no han sido destinados al fin que motivó la declaración de utilidad pública, en el período de 6 meses, sin que, el actor tenga otra obligación que la de devolver la suma que recibió por cada metro de terreno expropiado. Dentro de este cuerpo legal, el Art. 814 contiene una disposición especial que establece un derecho para el demandado, que nace en el evento de que habiendo transcurrido el plazo señalado, y la institución expropiadora no haya consignado el precio, dará como resultado un efecto resolutorio por incumplimiento, lo que será declarado por el Juez de la causa en el mismo proceso.

3.3. La expropiación directa aplicada a los inversionistas extranjeros.

No existe duda que dentro del derecho interno de los Estados, se puede expropiar la propiedad de los inversionistas extranjeros. Ese derecho es, sin embargo, sujeto a cuatro condiciones esenciales³⁰:

1. Por Utilidad pública.
2. De manera no discriminatoria.

³⁰ Cfr. Y. FORTIER: “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID REVIEW: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Volume 19, Number 2, Fall 2004, p. 295

3. Bajo los principios del debido proceso.
4. Mediante el pago de una compensación.

Al respecto, la expropiación directa ocurre cuando el Estado, mediante la declaratoria de utilidad pública, adquiere el dominio de un bien, respetando los derechos tanto de nacionales como de extranjeros y mediante el pago de una indemnización. Lo realiza de forma directa, siguiendo un proceso expropiatorio que tiene como objetivo principal cumplir con el bienestar público de los habitantes en general. Es así como los Tratados Bilaterales de Inversiones, dentro de sus cláusulas sobre expropiación, conciertan la facultad del Estado a que, cumplidos los requisitos antes nombrados, pueda expropiar a los inversionistas extranjeros. Estas expropiaciones son llamadas de “derecho”, puesto que están enmarcadas dentro de lo que establece la Constitución, los TBI’s y la ley.

En el contexto internacional, una expropiación directa ocurre cuando el Estado anfitrión toma la propiedad de un inversionista extranjero, siempre y cuando haya una privación de riqueza atribuible al Estado.³¹ Los inversionistas extranjeros se encuentran amparados en el campo sobre inversiones, bajo la Constitución y los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, los cuales les otorgan una serie de garantías. Entre ellas están: el trato no discriminatorio, sobre la base del trato justo y equitativo y bajo los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida. Los TBI’s se incorporan a la legislación nacional al amparo del Artículo 163 de nuestra Constitución, el cual estipula que: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

³¹ Cfr. OEA, Sistema de Información Sobre Comercio Exterior (SICE), Diccionario de Términos de Inversiones, http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp

4. Fuerza Expansiva de la Noción Jurídica de la Expropiación

La expropiación ha tenido una gran amplitud conceptual. Sus principios se aplican al acto por el cual el Estado, por causa de utilidad pública, dada por una ley y previa indemnización, obtiene que le sea transferido un bien o cosa de un particular. De igual forma, tales principios se extienden y aplican a todos los supuestos de privación de la propiedad privada, o de menoscabo patrimonial, por razones de utilidad o interés públicos. El concepto de expropiación, en función del derecho a la propiedad, tiene varios matices, por los cuales puede ser expandido a todas aquellas vulneraciones que sufre el administrado, con respecto a determinado bien, el cual pasará a pertenecer al Estado, sin necesariamente cumplir con los supuestos de ley establecidos dentro de la expropiación directa.³²

5. Expropiación Indirecta

La expropiación puede tomar varias formas, sea a través de un acto directo, como el traspaso de propiedad al Estado, mediante la declaratoria de utilidad pública de un bien o, por medios menos obvios e indirectos. La privación de los derechos de propiedad podría resultar en una serie de actos, llevados a cabo de manera fraudulenta, que tendrán como efecto una expropiación indirecta. Los TBI's y los acuerdos multilaterales, comúnmente reflejan esta realidad refiriéndose a conceptos como: “expropiación indirecta”, “expropiación de facto”, “expropiación constructiva”, “expropiación progresiva”, “medidas equivalentes a expropiación”, o “medidas que tienen un efecto equivalente a la expropiación”³³.

Por ejemplo, el artículo 1110 del TLCAN dice lo siguiente:

³² Cfr. M. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 134

³³ Cfr. Y. FORTIER: “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 297

“Ninguna parte puede directa o indirectamente nacionalizar o expropiar una inversión a un inversionista de la otra parte, en su territorio o tomar una medida equivalente a la nacionalización o expropiación de tal inversión”³⁴.

La expropiación bajo el TLCAN incluye no solamente la toma directa de propiedad, bajo los preceptos legales de manera formal u obligatoria, mediante la transferencia del título a favor del Estado Anfitrión. También reconoce la interferencia incidental en el uso de la propiedad que tiene como efecto privar al dueño, de manera general o sobre una parte significativa del uso razonable de la propiedad, de la cual se espera un beneficio económico, incluso cuando no necesariamente el Estado Anfitrión recibe un beneficio³⁵.

La expropiación indirecta se produce cuando existe una privación radical del uso y goce económico de la inversión, así como de los derechos relacionados al ingreso de beneficios producidos en cierto campo o su explotación, los mismos que dejan de existir. En otras palabras, los activos envueltos pierden su valor económico ya que las medidas adoptadas por el Estado, sean regulatorias o no, son irreversibles y permanentes.

La definición de expropiación en el derecho internacional sigue en desarrollo, y de manera especial dentro del área de expropiación indirecta. Esta problemática ha surgido de la serie de demandas interpuestas ante los Tribunales Internacionales, puesto que bajo el derecho internacional consuetudinario un Estado no se responsabiliza por la pérdida u otra desventaja económica que resulte de impuestos de aplicación general, medidas regulatorias, confiscaciones a raíz de un delito u otra acción similar. El Estado tiene el poder de tomar acciones de interés público sin tener que pagar indemnización, aun cuando los intereses de los dueños de la propiedad individual se vean adversamente afectados.

En el caso *Tippets vs. AFFA*, se expresó que la expropiación ocurre cuando las circunstancias demuestran que la medida priva al inversionista extranjero de sus

³⁴ NAFTA article 1110 provides that “[n]o party shall directly or indirectly [...] expropriate an investment [...] or take a measure tantamount to [...] expropriation [...] except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and; (d) on a payment of compensation [...]”.

³⁵ Cfr. D. BISHOP: *Foreign Investment...*, op. cit, p. 1112

derechos fundamentales como propietario³⁶. Es decir, cuando la propiedad en cuestión, después de ser sujeta a una medida, ya no puede tener el mismo uso económico. La ley puede proveer una base para resolver los problemas de expropiación indirecta, pero las circunstancias en las cuales se desarrolla son críticas en su determinación. Las medidas gubernamentales, en ciertas instancias, casi siempre darán la pauta para la determinación de una expropiación indirecta y la correspondiente compensación. Este tipo de expropiaciones ocurren cuando el Estado adquiere el control, uso o goce de la propiedad a través del ejercicio de los poderes de policía ilícitos, como justificación para sus acciones.

El gobierno que impone una regulación, no necesariamente percibe algún beneficio económico de su intervención, más bien, podría ser costoso para ambos llevar a cabo y administrar las regulaciones. En la mayoría de ocasiones las acciones regulatorias tienden a prevenir al dueño de usar la propiedad en una manera que injustamente enriquezca al propietario. Sin embargo, las medidas regulatorias se convierten en expropiación indirecta cuando producen una privación y un enriquecimiento injusto, puesto que el inversionista no percibe compensación alguna por el despojo de su propiedad.

Varios autores argumentan que el término expropiación carga la connotación de apropiación, por parte de una autoridad gubernamental sobre la propiedad de un individuo. Usualmente la autoridad que ejerce la “toma” de la propiedad, lo realiza mediante un poder de jure o de facto. Es así como la mayoría de casos de expropiaciones indirectas envuelven una privación y la correspondiente adquisición por el Estado, del control o uso de la propiedad. No obstante, existen muchos casos donde el inversionista extranjero ha sufrido una privación de sus derechos de propiedad, sin la correspondiente adquisición o control de los derechos por parte del Estado, y de igual forma se verifica la expropiación indirecta.

Otro tipo de expropiación indirecta es la expropiación progresiva, la cual se define como una lenta y creciente violación de uno o varios derechos de propiedad

³⁶ Cfr. Y. FORTIER: “Indirect Expropriation...”, op. cit, p. 302

del inversionista extranjero, que causa un detrimento al valor de la inversión. El título legal de la propiedad se mantiene en el inversionista extranjero, pero los derechos del inversionista para usar la propiedad desaparecen como un resultado de la interferencia del Estado. Los siguientes son claros ejemplos de expropiación progresiva: interferencia en el derecho de administración de una empresa, desojar forzosamente de las acciones de la compañía, imponer gerentes o administradores, impedir el acceso a laborar o a la materia prima, tributación excesiva o arbitraria, etc³⁷.

Los Tribunales Internacionales han reconocido los siguientes tipos de acciones como expropiaciones indirectas y han hecho que los Estados respondan directamente mediante una compensación al inversionista por estas acciones³⁸:

- Prohibición de venta o disposición de la propiedad, mediante medidas que son permanentes o que tienen una duración indefinida.
- Ventas forzadas de la propiedad a terceros a un determinado precio, seguido por acoso físico o amenazas a empleados o administradores, boicots organizados por el gobierno o la negación arbitraria de la operación al inversionista.
- Imposición de tributación que es confiscatoria en gran magnitud.
- Expropiación Progresiva (acciones individuales relativamente menores, posiblemente legítimas cuando son consideradas individuales, que acumulativamente resultan en una apropiación).
- Acosar a los empleados, bloqueando su acceso a la planta, quitando un proveedor principal y luego negándose a proveer a la compañía.
- Anuncio hecho por el gobierno de su último intento de nacionalizar la industria, seguido por impuestos severos, revisión de todos los actos,

³⁷ Cfr. D. BISHOP: *Foreign Investment ...*, op. cit., p. 1131.

³⁸ Cfr. G. Sampliner: "Arbitration of expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties – A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Washington D.C., Volume 18, Number 1, Spring 2003, p. 8

establecimiento de cuotas mínimas de producción, grandes regalías y el repudio de otras provisiones contractuales.

- Imposición de un 45 a 50% de impuesto sobre los rendimientos dados por la inversión, seguidos por un requerimiento sobre mantener una cuenta con determinada cantidad de dinero para las reparaciones de la infraestructura y controles sobre la identidad de los inversionistas así como de los inquilinos.
- Privación de derechos contractuales de producir futuros bienes o servicios.
- Creación de un monopolio por parte del gobierno o de un proveedor aventajado, dejando a la compañía fuera del negocio.

En el contexto internacional, durante la aplicación de los TBI's firmados por los Estados, el análisis de los diferentes factores que pueden influir, para determinar si ha existido una expropiación indirecta, ha sido una tarea bastante complicada para los Tribunales. Es necesario establecer una base férrea que no propugne el irrespeto de los derechos pertenecientes a los inversionistas por parte de los Estados y que al mismo tiempo no permita a los TBI's convertirse en instrumentos proteccionistas, que tengan como única finalidad hacer que los inversionistas extranjeros no perciban ningún riesgo al momento de efectuar sus inversiones dentro de otro Estado.

II. ELEMENTOS PARA UNA DEFINICIÓN DE EXPROPIACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO DE INVERSIONES

1. LA PROPIEDAD

La más famosa de las definiciones de propiedad, nacida en Bizancio, estableció lo siguiente: “DOMINIUM EST IUS UTENDI ET ABUTENDI RE SUA QUATENU IURIS RATIO PATITUR³⁹”. Esta forma de definir la propiedad pasó al Código Francés en 1804 dentro del artículo 544, que estipula lo siguiente:

“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo mas absoluto con tal que no haga de ellos un uso prohibido por la Ley o los reglamentos”.

Posteriormente, esta definición pasó a todos los Códigos Latinos que lo imitan, teniendo entre nosotros, una norma de este tipo⁴⁰.

³⁹ A. VÁSQUEZ: *Los Derechos Reales: La Propiedad*, Tomo III, Segunda Edición, Marcos, Lima, 1996, p. 43.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 43.

“La propiedad privada no es un derecho absoluto, porque ningún derecho reconocido en la Constitución puede revestir tal carácter. Debe compadecerse con el destino universal de los bienes de la tierra y con el alcance personal necesario para el desarrollo individual y familiar, con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna.”⁴¹ A su vez debe concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. Se funde en la libertad del individuo y las facultades que la propiedad concede, con la obligación de hacer uso de ella de manera conveniente al interés social.

La función social de la propiedad está en el cumplimiento de fines encaminados al mayor incremento de la producción, en beneficio de la sociedad entera. Es por lo tanto un interés social el que fundamenta el derecho de propiedad, basado en la necesidad siempre apremiante y universal de aumento de la producción, para conseguir principalmente una mayor perfección en la satisfacción de las necesidades inherentes a la sociedad.

Como características del derecho a la propiedad se encuentran su exclusividad, por cuanto dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa; imperfección, si la cosa que forma su objeto está gravada con un derecho real a favor de terceros como por ejemplo una servidumbre y; perpetuidad, subsistiendo independientemente del ejercicio que se haga de él.

“La expropiación no pertenece a la esencia del derecho de propiedad, aunque sí a su naturaleza. Pretender que la propiedad es, por esencia, expropiable, implica un contrasentido puesto que un rasgo típico de la propiedad en su perpetuidad, no su expropiabilidad, que precisamente implica extinción del dominio”⁴² Este derecho debe cumplir con una función social, puesto que los bienes siempre estarán destinados a la realización del bien común. Por estos motivos, la propiedad es un derecho garantizado por el ordenamiento constitucional con una función social que cumplir, así como lo establece el artículo 30 de la Carta Magna.

⁴¹ R. DROMI: *Derecho Administrativo*, op. cit, p. 995

⁴² M. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho*, op. cit, p. 130

Únicamente admitiendo y reconociendo la expropiación como categoría jurídica de eventual aplicación, la propiedad privada resulta una institución plausible, inviolable y apta para el progreso de los pueblos. De manera que, la norma suprema señala como excepción la figura de la expropiación, la cual puede ser utilizada con fines de orden social determinados en la ley, a través de un procedimiento establecido en las normas legales pertinentes, previa justa valoración y pago de una indemnización⁴³.

Tratándose de una limitación a la propiedad privada en función del interés público, es evidente que todo aquello que tienda a alterar la inviolabilidad del derecho de propiedad, que garantiza la Constitución, debe interpretarse en pro del expropiado. El “interés público” no es título que autorice el apoderamiento gratuito de la propiedad ajena, en todo o en parte. Además, ha sido prerrogativa del Estado establecer que se configura como interés público o no, otorgándose facultades excesivas para determinar que puede ser considerado un motivo para expropiar.

Dentro del Derecho Internacional no se ha desarrollado una sola definición de “propiedad”. El término ha sido utilizado para concentrar todas las formas de propiedad tangible así como intangible, como por ejemplo la propiedad intelectual y los derechos que emanan de los contratos, que revisten al inversionista del uso goce y disposición del bien. El Tribunal Iraní–Estadounidense definió el término propiedad como “cualquier derecho que puede ser objeto de una transacción comercial, así como susceptible de compra o venta libremente y que tiene un valor económico.”⁴⁴

El Derecho Internacional Consuetudinario ha reconocido que el Estado no puede escapar de la responsabilidad por la expropiación de una propiedad, definiendo el término “propiedad” o su derecho a tomarla, bajo la ley doméstica, en una manera que pueda violar los estándares internacionales de justicia o mediante la abolición de cierta forma de propiedad después de que se ha efectuado una inversión en la misma.

⁴³ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 33: “Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.”

⁴⁴ Cfr. G. SAMPLINER: “Arbitration of expropriation...”, op. cit, p. 14.

2. El Poder de Policía del Estado

“El poder de policía del Estado es una actividad administrativa de limitación, por medio de la cual se controla el ejercicio de los derechos individuales de propiedad y de libertad, a los efectos de adecuarlos a las exigencias de interés general”⁴⁵. El control de la iniciativa privada que supone la actividad de policía, encauza y endereza toda la actividad particular hacia el logro de la finalidad del interés general, por la verificación que efectúa del acomodo de las conductas particulares a las normas generales. Por medio de la actividad de policía se trata de alumbrar en cada estructura social las exigencias del interés público, de acomodar a éste las conductas privadas⁴⁶.

Dentro del Derecho Internacional sobre Inversiones, el término “poder de policía del Estado” ha causado una significativa confusión en el contexto de la expropiación indirecta. El mismo puede ser utilizado en un sentido general para referirnos a todas las formas de regulación doméstica bajo los poderes estatales soberanos, o a su vez, podría referirse a las medidas que justifican las acciones estatales equivalentes a una privación o apropiación de la propiedad compensable.

Bajo el Derecho Internacional, no todo despojo de la propiedad es expropiación. Un Estado puede ejercer poderes de policía, en los cuales la propiedad y sus propietarios sufran una pérdida económica significativa, sin que el Estado deba hacerse responsable por la misma, es decir que pueden enmarcarse en un ámbito legal. El ejercicio de los poderes de policía permite al Estado proteger el interés público de ciertos tipos de peligros. La propiedad puede ser destruida, menoscabada o tomada por razones de orden público, moral, salud pública, medio ambiente e imposición tributaria. En estos casos el Estado no incurre en responsabilidad por su ejercicio legítimo y de buena fe, de los poderes de policía soberanos. No obstante, se debe establecer un límite para que puedan ser ejecutados de forma legítima y de buena fe, esto está dado a través de los estándares mínimos internacionales.

⁴⁵ M. DIEZ: *Derecho Administrativo*, Tomo IV, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1969, p. 37

⁴⁶ *Ibid*, p. 44

El problema ocurre cuando el gobierno deposita sobre ellos la justificación para privar de su propiedad a un inversionista. Si existe evidencia de un intento de expropiación, es improbable que el Estado pueda depositar en el ejercicio de buena fe, de sus poderes de policía, la justificación para no compensar de forma alguna al inversionista. Ciertos autores afirman que una expropiación ocurre cuando un inversionista extranjero es privado del uso, goce y disposición de todo o de una parte sustancial de su inversión, excepto cuando tal privación resulta del ejercicio soberano de los poderes de policía de manera legítima y de buena fe.

Si un inversionista extranjero invierte en un Estado, adquiere derechos sujetos a la estructura regulatoria doméstica existente. El derecho internacional, se basa en el derecho doméstico para determinar el enfoque de los derechos adquiridos. Una apropiación ocurre cuando una medida del gobierno, que no representa una limitación legal preexistente, tiene como resultado que el derecho de propiedad sea completamente despojado de su valor económico. Por lo tanto si hay un apoderamiento debe haber una compensación.

Definir un determinado núcleo para la regulación de los poderes de policía, basado en la “normal operación de la ley” o “en medidas que el gobierno comúnmente toma”, no elimina la incertidumbre, porque estas categorías dependen de concepciones de un enfoque apropiado de las regulaciones gubernamentales, concepciones que pueden no ser compartidas universalmente⁴⁷.

Desde que la protección a la expropiación, dentro del Derecho Internacional, se encuentra bajo los estándares mínimos internacionales, los Estados pueden justificar los poderes de policía para no compensar al inversionista, solamente si al efectuar lo contrario no se estaría cumpliendo con los estándares nombrados.

Aún no se han definido con más precisión los tipos de acciones que pueden calificar como “comúnmente aceptadas” dentro de los poderes de policía del Estado. El Derecho Internacional ofrece una guía sustancial que ayuda a definir los límites

⁴⁷ Cfr. A. NEWCOMBE: “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Washington D.C., Volume 20, Number 1, Spring 2005, p. 28.

entre acciones regulatorias compensatorias y no compensatorias. Sin embargo, acorde con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los principios generalmente reconocidos del derecho interno, influyen las decisiones judiciales y los escritos de autores renombrados constituyen la siguiente fuente más usada en el derecho internacional.⁴⁸

El Profesor G.C. CHRISTIE⁴⁹, en su renombrado artículo de 1962, sobre “What Constitutes a Taking of Property Under International Law?” (“Que constituye una Apropiación de la Propiedad Bajo el Derecho Internacional?”) concluye: “La declaración de un Estado sobre la interferencia particular en el goce de la propiedad de un inversionista extranjero, justificada por los llamados “poderes de policía”, no restringe a un Tribunal Internacional que realice su propio análisis del problema. Pero, sí las razones dadas son válidas y soportan algunas relaciones plausibles con la acción tomada, ningún intento puede ser efectuado para buscar más a fondo si el Estado actuó motivado por un ilícito.”

Mientras otros autores sugieren que el Derecho Internacional puede ser violado cuando el derecho soberano de impartir el valor de la propiedad no es usado para los bienes públicos, como generalmente los reconoce el Estado, sino por un motivo arbitrario, ellos alegan que la carga de la prueba de tal abuso del derecho está en el demandante. El Estado posee una amplia capacidad, dada por el Derecho Internacional, para poder sugerir en términos muy amplios el ejercicio de su jurisdicción para así determinar por sí mismo, que consideran necesario para el

⁴⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Art. 38) 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

⁴⁹ G.C. CHRISTIE, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law*, 38 Brit. Y.B. Int'l L. 307 (1962), Citado por: Cfr. G. SAMPLINER: “Arbitration of expropriation...”, op. cit, p.17.

beneficio público. Es por este motivo que es de gran menester crear una protección adicional en contra de actividades regulatorias desmedidas.

3. Las Medidas Regulatorias

La importancia del carácter de la medida regulatoria es subvalorada por la mayoría de autores de Derecho Internacional, excepto en raras circunstancias. Una regulación efectuada bajo los poderes de policía, que impone una limitación general en el uso de la propiedad, diseñada para proteger el interés público, no puede ser considerada expropiatoria. En contraste, una amplia variedad de medidas regulatorias, que han sido confiscatorias o que de alguna forma tomaron control sobre una determinada propiedad, como la expropiación indirecta y otras medidas similares, se ha encontrado que se constituyen en apropiaciones según varios arbitrajes internacionales⁵⁰.

Es necesario establecer un balance entre los intereses en competencia del Estado anfitrión, el cual representa y es responsable hacia su comunidad y hacia los inversionistas extranjeros. Por un lado, la comunidad no puede racionalmente ser requerida a soportar los riesgos asociados a los inversionistas extranjeros, quienes a su vez no pueden enriquecerse injustamente mediante la conducción de sus negocios de manera perjudicial al bienestar general. Por otro lado, no se puede pedir a los inversionistas que paguen por los riesgos que deben ser socializados. Si la medida regulatoria es excesiva, será reconocida como una apropiación.

Cuando la expropiación es un inevitable resultado de la medida regulatoria del gobierno, debe haber una intención de expropiar no discernible. El punto clave es determinar cuando una regulación va muy lejos, en función de que se constituya la figura de expropiación indirecta. El derecho internacional ha establecido que los Estados no deben pagar compensaciones, cuando ejercen normalmente sus poderes

⁵⁰ Cfr. G. SAMPLINER, "Arbitration of expropriation...", op. cit, p. 15

de policía, adoptando de una manera no discriminatoria y de buena fe regulaciones que apuntan al bienestar general.

Según “The Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens”, efectuada en 1961 por los Profesores SOHN AND BAXTER⁵¹, las siguientes categorías de regulaciones no son compensatorias, aunque exista una privación del uso y goce de la propiedad resultante de:

1. La ejecución de una ley tributaria
2. Acciones de autoridad competente para mantener el orden público
3. Salud Pública y
4. La moral.

(Dentro de esta categoría no se incluyeron las medidas regulatorias referentes al Medio Ambiente, que hoy en día, han sido consideradas como justificación para la no compensación.)

Autores de derecho internacional confirman que las medidas regulatorias pueden ser expropiatorias, si no cumplen con una finalidad social y sí no son llevadas a cabo de buena fe. En el caso *Pope & Talbot*, el Tribunal negó los argumentos de Canadá en los cuales se expresaba que las regulaciones no discriminatorias no pueden ser expropiatorias, sosteniendo que una excepción sobre las medidas regulatorias podría crear una “brecha en la protección internacional contra la expropiación”⁵². Está igualmente claro que la mayoría de tipos de regulaciones estatales no son expropiatorias, mientras varias formas de regulaciones podrían tener un impacto económico adverso en la inversión y sus usos. El impacto adverso no es per se expropiatorio, ya que no necesariamente provoca una privación substancial de los derechos del inversionista.

Los gobiernos pueden efectuar regulaciones bajo los poderes de policía de forma racional en determinadas circunstancias. Como regla general, el simple interés público no provee de suficiente razón para la no compensación. Un Estado puede

⁵¹ Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 298

⁵² *Pope & Talbot vs. Government of Canada, Interim Award, June 26 /2000.*
<http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>.

considerar que la nacionalización de una industria o la creación de un parque sobre determinada propiedad, es de interés público, pero cuando la propiedad es adquirida para un propósito público se paga una compensación. Por ejemplo, existe diferencia entre una prohibición del gobierno en el uso de un químico que⁵³:

- i. Demuestra evidencia abrumadora de que es cancerígeno
- ii. La prohibición es motivada por el deseo de proteger el mercado, de una marca que compite con un químico producido por una fábrica del Estado.

Cuando el gobierno actúa por propósitos económicos, para crear una industria local o proteger la producción doméstica, el poder de policía no puede ser utilizado como justificación para la no compensación. El factor común se encuentra dado cuando se intenta caracterizar la acción gubernamental en cuestión. Aquí dos problemas se suscitan: Primero, pueden haber varios propósitos para ejecutar la medida gubernamental. El Ministro de Medio Ambiente, decide de buena fe apoyar la prohibición de un químico para proteger la salud humana. El Ministro de Industrias puede asimismo apoyar la prohibición, pero en función de un interés proteccionista que podría afectar la legitimidad de la medida tomada.

En este punto se puede afirmar que si la medida era racionalmente necesaria para evitar un riesgo en la salud pública, a través de estudios científicos, podrá ser justificada y no sujeta a compensación. El hecho de que la prohibición también sirva como medida proteccionista, por sí mismo no determina la calidad de la medida, solamente crea sospechas. Segundo, el carácter de la medida gubernamental a veces se ve reflejado en el lenguaje de beneficios o daños causados. Cuando el gobierno adquiere una propiedad para el beneficio público, debe pagar una compensación. Por otro lado, cuando el Estado actúa para proteger a sus administrados de peligros asociados con el uso de una propiedad (contaminación, ruido, efectos sobre la salud) entonces no existe derecho a compensación a favor del inversionista⁵⁴.

Los autores han concertado una serie de características, que pueden ser tomadas en consideración para evaluar si el efecto de la medida de regulación sobre

⁵³ Cfr. A. NEWCOMBE: "The Boundaries ...", op. cit., p. 41.

⁵⁴ Cfr. A. NEWCOMBE, "The Boundaries ...", op. cit., p. 42

los derechos de propiedad, podría tener como consecuencia una expropiación indirecta. Tales características son las siguientes⁵⁵:

1. Irracional
2. Provocar que los derechos sean inservibles.
3. Privar al inversionista de sus derechos fundamentales como propietario. (uso, goce y disposición).
4. Apropiación del bien sujeto a la medida.
5. Despojar, total o parcialmente, el uso razonable que se espera del beneficio económico de la propiedad.
6. Despojo del uso y goce económico de la inversión.
7. Destrucción del valor económico de la inversión.
8. Negación el uso racional de la propiedad.

No obstante, fuera del análisis de la afectación que se realiza a la propiedad del inversionista extranjero, una medida regulatoria es expropiatoria si no cumple con un fin social y no es llevada a cabo de buena fe. Para que se verifique la expropiación, el Estado anfitrión deberá haber interferido sin una razón legítima, sobre los derechos de uso, goce y disposición de los beneficios de la propiedad del inversionista.

Los Estados tienen el derecho, en realidad el deber, de regular. Por lo tanto, se verían impedidos de realizar su labor si por cada medida regulatoria tuviesen que pagar una compensación a los inversionistas extranjeros. Sin embargo, el efecto de una medida debe prevenir que irracionalmente intervenga o retrase el disfrute efectivo de la propiedad del inversionista extranjero. En el caso *Starrett Housing Corp. vs. El Gobierno Islámico de la Republica de Irán*, el Tribunal declaró que la línea divisoria entre expropiación y medidas regulatorias, que es donde la interferencia con el derecho de propiedad se vuelve necesaria, esta dibujada en el punto donde “los derechos se vuelven tan inservibles que deben ser condenados a ser expropiados”⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 304

⁵⁶ Cfr. A. NEWCOMBE, “The Boundaries ...”, op. cit., p. 10

Es decir que las medidas del Estado en contra del derecho de propiedad son tan graves, que a este solo le queda rendirse y condenarse a una expropiación⁵⁷.

El grado de intervención de la medida en contra de los derechos de propiedad, debe llegar a un nivel de “privación radical” antes de que sea considerada expropiación. En el caso de *Metalclad Corporation vs. México*, el único caso de TLCAN en el cual se ha encontrado que existió expropiación, el Tribunal describió que el nivel de interferencia que requiere la medida para ser declarada como apropiación debe ser: “Además de una deliberada apropiación de la propiedad, como una transferencia obligatoria de la misma al Estado anfitrión, puede también ser una interferencia accidental que prive del uso razonable de la propiedad a su dueño, total o parcialmente, de la cual se esperan beneficios económicos, aun cuando estos no sean necesariamente considerados por el Estado anfitrión como de beneficio obvio para el inversionista.⁵⁸”

Para poder determinar la diferencia entre medidas regulatorias y expropiación, los autores de renombre y los Tribunales han formulado las siguientes doctrinas:

3.1. Doctrina del “Sole Effect”

Un acercamiento por el cual se puede distinguir entre medidas regulatorias o expropiatorias es enfocarse exclusivamente en el efecto de la medida, particularmente en el grado de interferencia que tiene sobre la inversión. Una política válida de regulación es una medida que no tenga suficiente efecto restrictivo sobre los derechos de propiedad, para constituirse en expropiación. Las medidas generales puestas en ejercicio de los poderes de policía del Estado consisten precisamente, y exclusivamente, en medidas que no tengan que privar al inversionista de su interés económico en la inversión. En el evento de que ocurra tal privación o intervención a su propiedad, se configura una expropiación así como el pago de una compensación.

⁵⁷ Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 302

⁵⁸ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CASO No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

El Profesor DOLZER se refiere a la doctrina del “sole effect”, como el enfoque ortodoxo. Este enfoque es reflejado en los trabajos de los juristas, las decisiones de tribunales internacionales, así como los textos utilizados como instrumentos de inversión, debido al énfasis que le da al efecto de la medida regulatoria del Estado sobre la propiedad del inversionista.

El enfoque ortodoxo se fundamenta en el efecto que produce la medida regulatoria practicada bajo los poderes de policía del Estado. Para éste análisis no tiene relevancia ni el carácter de la medida, ni tampoco la intención del gobierno. La prueba para determinar si ha ocurrido una expropiación, según el enfoque ortodoxo, es conocida como “sole effect test”. La misma establece que, si el requisito de cumplir con un fin o utilidad pública es una condición para la expropiación, este propósito no puede servir al mismo tiempo como una justificación para no pagar la compensación. Quienes defienden el enfoque ortodoxo consideran que en la práctica, no todas las intervenciones regulatorias equivalen a expropiación, pero es debido a los efectos que producen, más no a los propósitos que cumplen. El método ortodoxo reconoce que existen excepciones al poder de policía: La mera destrucción o disminución del valor de la inversión, no otorga ipso facto el derecho a una compensación.

Un caso en el cual se utilizó el enfoque ortodoxo fue el planteado por Phelps Dodge Corporation vs. La República Islámica de Irán. El demandante alegó expropiación de los intereses de los accionistas en una compañía Iraní, establecida con el propósito de manufacturar y vender varios productos de alambre y cable. Irán transfirió la administración de la compañía y de la fábrica a dos agencias del gobierno, para que las opere. No hubo reuniones con los accionistas ni se les dio ningún tipo de información. En palabras del Tribunal, el demandante fue privado de casi todos sus derechos de propiedad. En respuesta, el gobierno Iraní dijo que la medida fue realizada por el bienestar público, en especial para prevenir el cierre de la fábrica y

asegurar el pago de los salarios que de debían al momento a los trabajadores, así como deudas al gobierno.⁵⁹

El Tribunal señaló que comprendía totalmente las razones del gobierno Iraní, el cual se sintió obligado a proteger los intereses mediante la transferencia de la administración de la compañía. Asimismo, el Tribunal entendió las razones financieras, económicas y sociales que inspiraron a que actúen de esta manera, pero estas razones no pueden ser tomadas como pretexto para que el Gobierno Iraní no pague la compensación al demandante por su pérdida⁶⁰.

La doctrina sobre el efecto solitario claramente señala que la intención y la forma de la medida son menos importantes que el efecto que produce y su impacto real. Dentro del caso *Tippetts vs. TAMS–AFFA*, se estableció que: “La intención del gobierno es menos importante que el efecto de la medida en su propietario, y la forma en que se realiza la medida de control o de intervención es menos importante que la realidad de su impacto.”⁶¹

El “sole effect test” ha tenido un gran impacto, puesto que ha sido diseñado para proteger los efectos de las medidas regulatorias de buena fe, cuyo propósito es amparar a los objetivos relacionados al bienestar público general en demandas por expropiación indirecta. Una parte del derecho Internacional que trata sobre la expropiación no considera al enfoque ortodoxo consistente en relación con las decisiones judiciales y arbitrales que lo sustentan.

3.2. Doctrina del Propósito de la Medida.

La doctrina del “Sole Effect” no es la única que ocupa el entorno legal sobre expropiación. También existe la doctrina del propósito o “purpose” cuya finalidad es comprobar el propósito de la medida regulatoria, para poder determinar su verdadera naturaleza. Bajo este tipo de análisis, un propósito público legítimo podría, en ciertas circunstancias, ser suficiente para la aplicación de una regulación, siendo esta parte de

⁵⁹ Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 310

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

la naturaleza del ejercicio normal del poder de policía y por lo tanto no compensatorio, sin tomar en consideración la magnitud de su efecto en la inversión.

Sí mayor es el propósito de la medida, mayor es el beneficio para el bienestar público y mayor es el nivel de intervención en la inversión que deberá ser demostrado, para conocer si la medida es equivalente a una expropiación. Varios autores y tribunales arbitrales han tomado la posición de que es necesario para determinar si existe expropiación, un análisis de caso por caso, según las circunstancias.

El test del propósito de la medida puede ser visto desde distintos ángulos:

1. Enriquecimiento del Estado anfitrión.- La adquisición de la propiedad por parte del Estado, sugiere según ciertos catedráticos, una responsabilidad del mismo, por expropiación, teniendo como base el principio de “enriquecimiento sin causa”. Sin embargo, se ha negado completamente la posibilidad de la tesis del “enriquecimiento sin causa” como la base de la responsabilidad del Estado por expropiación, debido a que éste puede actuar a través de sus poderes de imperio sin tener que compensar al particular, en determinadas circunstancias.

En el caso Eudoro Armando Olguín vs. la República de Paraguay, la demanda de expropiación se dio bajo el TBI firmado entre Perú y Paraguay, debido a que no se verificó el pago de certificados de inversión de una compañía financiera. Al respecto el Tribunal expresó lo siguiente: “Para que ocurra una expropiación, debe haber acciones que sean consideradas razonablemente idóneas para producir, el efecto de privar a la parte afectada de la propiedad de la cual es propietario, de tal manera que quien sea el que realice tales actuaciones adquirirá, directa o indirectamente, control, o por lo menos los frutos de la propiedad expropiada. La expropiación requiere acciones que conduzcan a que esta ocurra”⁶².

2. El inversionista como objetivo deliberado.- Las medidas gubernamentales deliberadamente realizadas, explícita o implícitamente, apuntan en

⁶² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C, Caso No. ARB/98/5, Señor Eudoro Armando Olguín v. República del Paraguay. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/Olguin-award-sp.pdf>

contra del inversionista. Dentro del caso *Sea-Land Service Inc. vs. La República Islámica de Irán* se expresó lo siguiente: “Para que exista expropiación se requiere, como base mínima, que el Tribunal encuentre la existencia de una intervención gubernamental deliberada para privar al inversionista del uso o beneficio de su propiedad”⁶³.

3. Promoción del Bienestar General o Bien Común.- La determinación de si el propósito de la conducta gubernamental es la promoción del bienestar general, ha sido frecuentemente visto como un factor para ser puesto en consideración con respecto a la expropiación. No obstante, la medida debe ser proporcional a los fines por los cuales ha sido puesta a cabo, de manera no discriminatoria con el inversionista extranjero.

Desde el 2003, el test del propósito que explícitamente hace referencia a que una medida es diseñada para proteger los objetivos legítimos del interno público, ha sido incorporado a 5 tratados de libre comercio ratificados por los Estados Unidos y en el TBI con Uruguay⁶⁴.

En un artículo muy conocido del año de 1962, el cual titula: “What Constitutes a Taking of Property Under International Law?”, el Profesor G.C. CHRISTIE⁶⁵ dijo que: la legitimidad del propósito del gobierno puede justificar medidas severas cuyos efectos podrían, ser suficientes para garantizar que ha habido una expropiación. Sin embargo, una restricción completa en el uso de la propiedad podría siempre ser sujeta a compensación. El aseveró que: “No constituirían expropiación las acciones del Estado que tienen un propósito que ha sido reconocido por el derecho internacional, como justificativo, incluso cuando son severas y reconocidas como restricciones completas a la propiedad.”

⁶³ Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 316

⁶⁴ Ibid, p. 317

⁶⁵ G.C. CHRISTIE, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law*, 38 Brit. Y.B. Int'l L. 307 (1962), at 331-32, Citado por: Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 319

3.3. El Test de Proporcionalidad

Algunas jurisprudencias internacionales sobre expropiación siguen una línea separada sobre el análisis de si la carga impuesta por una medida regulatoria, justifica un interés legítimo del Estado. La Corte Europea de Justicia aplica el siguiente test de proporcionalidad: “Es necesario identificar el fin perseguido por la regulación que está siendo disputada y determinar si existe una relación razonable entre la medida provista para ello en la regulación y en el fin perseguido por la comunidad en este caso. Si se logra encontrar que tal relación racional existe, la Corte no podrá rechazar dicha regulación.”⁶⁶

Esta prueba de proporcionalidad en comparación con la prueba sobre el interés legítimo de las partes, abarca la medida en mayor magnitud para poder sobrellevar un reto privativo de la propiedad. La proporcionalidad puede ser análoga con el “nexo esencial” y con el test de “proporcionalidad rígida”, empleado en ciertas restricciones al uso de la propiedad bajo el derecho anglosajón. Los Tribunales Europeos cuando evalúan la proporcionalidad en relación a las medidas regulatorias, aplican un “margen de apreciación”, para la determinación de que si la restricción de la propiedad es dada por un interés general.

En las decisiones efectuadas por el CIADI, en el caso *TECMED vs. México* se puede observar por primera ocasión la aplicación del Test de Proporcionalidad. En 1996, la agencia responsable de la protección ecológica y medioambiental de México “INE”, otorgó a Cytrar (compañía holding de *TECMED*) un permiso por el lapso de un año para operar un peligroso campo de confinamiento, el cual podía ser renovado cuando lo requieran. Por este motivo, Cytrar solicitó que su permiso fuese renovado por un año adicional, siendo denegado por el organismo gubernamental. El demandante estableció que la negación a su pedido constituía una expropiación de las inversiones y violación del TBI ratificado por España y México.

El Tribunal discutió el conocido e indisputable principio de derecho internacional, por el cual “el ejercicio de los poderes soberanos dentro del marco de

⁶⁶ Cfr. G. SAMPLINER, “Arbitration of expropriation...”, op. cit, p. 17

sus poderes de policía puede causar un daño económico a aquellos sujetos a la administración, sin darles el derecho a compensación alguna”. Pese a ello, acorde con el análisis del Art. 5 del TBI firmado entre los Estados y el Art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁷, el Tribunal afirmó que las acciones regulatorias no son excluidas “per se” de la definición de expropiación, “incluso si son beneficiosas a la sociedad, tales como protección medio ambiental, particularmente si el impacto económico negativo de estas acciones en la posición financiera del inversionista es suficiente para neutralizar el definitiva el valor económico y el uso comercial de las inversiones sin recibir compensación alguna”⁶⁸.

El Tribunal hizo un análisis de proporcionalidad de la medida, efectuando por primera vez dentro de las resoluciones del CIADI sobre el tema de expropiación, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, con el fin de establecer de un test aplicable para determinar si una regulación de “bonna fide” puede ser expropiatoria. El Test de proporcionalidad se formuló de la siguiente manera:

A su vez analizó, para poder determinar si tales acciones o medidas regulatorias debían ser catalogadas como expropiación, si eran proporcionales al interés público protegido y a la protección legalmente otorgada a las inversiones, tomando en consideración el significado del impacto negativo financiero en la inversión, el cual debía ocupar un rol primordial en la decisión sobre la proporcionalidad. Señaló a su vez que se requiere para que ocurra una expropiación, que las medidas adoptadas sean razonablemente llevadas a cabo para alcanzar su fin, la privación de los derechos económicos y las expectativas legítimas de aquellos que sufren tal privación, y que debe haber una relación racional de proporcionalidad entre

⁶⁷ Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: todo acuerdo que se refiera al tratado y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones y toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado. De igual manera, toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

⁶⁸ Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 324

la carga impuesta al inversionista extranjero y la meta que se desea alcanzar mediante la expropiación⁶⁹.

El Tribunal en *TECMED vs. México* encontró que el efecto de la medida no era proporcional a los objetivos del gobierno, quien, no consideró desde un punto de vista legal, mediante el análisis del TBI o del Derecho Internacional, que su justificación para privar al inversionista extranjero de su inversión no era suficiente como para pretender no compensarlo. Por lo tanto el Tribunal fallo a favor del inversionista⁷⁰.

México señaló tres razones principales que justificaron la no renovación del permiso a Cytrar's: (1) La compañía había cometido numerosas infracciones a las condiciones establecidas en el permiso, la protección al medio ambiente y a la salud pública, (2) la presión de la comunidad y (3) posteriormente demostración de que el campo de desechos estaba localizado cerca de un centro urbano. Con respecto a la primera razón, el Tribunal dijo que las infracciones, que fueron verificadas y sancionadas por otra agencia en México, no justificaban que no sea renovado el permiso. Con respecto a la segunda razón, el Tribunal observó que no existía una evidencia concreta, que demuestre claramente, que el campo de desechos era una potencial amenaza al medio ambiente o a la salud pública. Finalmente, el Tribunal tomó en consideración las circunstancias políticas dadas por la ubicación del campo de desechos como un pretexto más por la no renovación del permiso. Encontraron que las dificultades socio-políticas no eran suficiente justificación para privar al inversionista de su inversión sin compensación alguna⁷¹.

El Test de proporcionalidad está siendo aceptado actualmente dentro de los análisis concernientes a expropiación, no solamente por la Corte Europea de Justicia, sino también por varios Tribunales Internacionales, entre ellos aquellos constituidos bajo el Convenio CIADI. Asimismo, varios TBI's han estructurado su definición de

⁶⁹ Ibid, p. 325

⁷⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Técnicas Medio ambientales *TECMED S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, CASO No. ARB (AF)/00/2.

⁷¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Técnicas Medio ambientales *TECMED S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, CASO No. ARB (AF)/00/2.

expropiación en función de lo que establece el Test de proporcionalidad, para así identificar claramente que constituye una medida regulatoria compensable por expropiación o no.

El carácter de la medida gubernamental debe estar en concordancia con el interés público, y a su vez, debe mantener una relación razonable de proporcionalidad entre el fin legítimo del Estado y la medida en cuestión. Cuando el inversionista sufre una carga individual y excesiva sobre su derecho de propiedad, la medida no pasará el examen de proporcionalidad. No obstante, aunque el enfoque de proporcionalidad tiene sus beneficios, no provee concretamente de una guía sobre que constituye un ejercicio legítimo y de buena fe de los poderes estatales de policía que justifican una completa privación de la propiedad y la no correspondiente obligación a pagar una compensación.

4. Las Expectativas Legítimas

Las expectativas legítimas son inseparables del concepto de propiedad privada, esencialmente el uso, goce de los frutos y disposición de la misma como presupuestos de ley. Un inversionista extranjero que apoya su confianza en un el sistema legal de un Estado, en el cual se entiende que existe seguridad jurídica, por la numerosa cantidad de inversiones realizadas dentro del mismo, se sentirá desamparado si repentinamente las reglas del juego han cambiado⁷².

El inversionista conoce que las expectativas legítimas que mantiene pueden, en su contra, servir a favor del Estado anfitrión. Un ejemplo obvio ocurre cuando un inversionista invierte en un área altamente regulada, o en un campo de evolución, donde las regulaciones deberían ser anticipadas. No se puede pedir que por ejemplo, el régimen ambiental sea completamente rígido, pero sí que las nuevas regulaciones cumplan ciertos estándares internacionales sobre el respeto a la propiedad del inversionista. Los inversionistas en ciertos campos susceptibles como la explotación

⁷² Cfr. Y. FORTIER, "Indirect Expropriation ...", op. cit, p. 306.

petrolera deben tener una regulación anticipada, para no ser víctimas de atropellos o regulaciones arbitrarias que despojen del valor económico de sus inversiones, pero no pueden esperar que el régimen aplicado a su inversión se mantenga estático⁷³.

Una cuestión fundamental en los casos de expropiación es sobre quién recaea el riesgo o la pérdida económica y las expectativas legítimas son caracteres fundamentales para analizarlo. Los inversionistas generalmente desean estabilidad económica, política y legal. Dicha estabilidad, significa que el Estado en el cual los inversionistas han desarrollado su actividad, no frustre sus expectativas legítimas y confianza. Los gobiernos, en el ejercicio de sus poderes para regular, frecuentemente alteran sus leyes y regulaciones, en respuesta al constante cambio de las circunstancias económicas o políticas, o por consideraciones económico sociales. Esos cambios podrían hacer que ciertas actividades sean menos rentables o inclusive que no puedan ser económicamente desarrolladas.

Las expectativas legítimas y la confianza contribuyen a un continuo y creciente flujo de capitales, el cual es crucial para el desarrollo y estabilización de la economía internacional en general, así como para el progreso económico de los países en particular. Existen políticas de envergadura y motivos legales para proteger razonablemente las expectativas respaldadas por el inversionista, particularmente donde aquellas expectativas han sido creadas o incentivadas por la ley, los contratos, las licencias, los permisos y demás.

El régimen regulatorio que afecta a las inversiones debe adaptarse a los cambios sociales y proveer de protección tanto al Estado como a los inversionistas, otorgando un balance entre estabilidad, seguridad, previsión y justicia, a través de regulaciones estatales sujetas al interés público. Estabilidad no significa que la facultad del Estado para regular cierta área se mantenga intacta. No es razonable esperar que las leyes no cambien, puesto que las expectativas y la confianza se dan en función de un grado de intervención. La esencia de la responsabilidad estatal en el área, es encontrar una solución que contenga los intereses del Estado en conseguir libertad

⁷³ Ibid. p. 307.

económica y bienestar social, así como el interés del inversionista en ser asegurado, por lo menos en cierto grado su inversión y así mantener la cooperación⁷⁴.

El derecho internacional debería promover transiciones regulatorias que fortalezcan el desarrollo sustentable, a través de cambios económicos, medio ambientales, sobre la moral, el orden público, la salud y la seguridad según ciertas normas. La Protección legal insuficiente es un desincentivo característico para los inversionistas, problema que afecta a la economía de los Estados.

En el caso de *Occidental Exploration and Petroleum Company vs. La República del Ecuador*, el Tribunal presidido por el Profesor Francisco Orrego Vicuña, trazó sobre los conceptos de arbitrariedad y expectativas legítimas que, la “estabilidad del marco administrativo y legal es un elemento esencial para el trato justo y equitativo”⁷⁵. No todas las expectativas de estabilidad y de previsión son razonables, así como no todas las transiciones regulatorias provocan responsabilidad del Estado. Cuando ocurre, un Tribunal puede proveer un remedio que proteja las expectativas legítimas pero que al mismo tiempo no otorgue garantía sobre ellas.

Algunos críticos de los arbitrajes entre el Estado y los Inversionistas dicen que las decisiones y escritos dados en el marco del Derecho Internacional, tienen como efecto acciones que son “Sustancialmente desiguales” o que “Irrracionalmente interfieren con las inversiones o privan al inversionista de su derecho fundamental como propietario”⁷⁶. Indican que el Derecho Internacional aplica estándares a pérdida en comparación con el Derecho Anglosajón. Sin embargo, no se ha encontrado que la reducción del valor de una inversión como resultado de una medida regulatoria, por sí sola, constituya una expropiación.

Demandas presentadas en Tribunales Internacionales, así como numerosos artículos han dado gran importancia a la cuestión de si la medida en cuestión, interfiere con las expectativas legítimas y razonables del inversionista al momento de realizar la inversión. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte

⁷⁴ Cfr. G. SAMPLINER, “Arbitration of expropriation...”, op. cit, p. 13.

⁷⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, Final Award of July 1, 2004, in Case No. UN 3467, Citado por: Cfr. A. NEWCOMBE, “The Boundaries ...”, op. cit., p. 52.

⁷⁶ Cfr. G. SAMPLINER, “Arbitration of expropriation...”, op. cit, p. 13.

Europea de Justicia, así como varios autores, han establecido que la protección de las expectativas legítimas del inversionista es un aspecto fundamental del orden legal y que necesita ser tomado en cuenta en los casos de expropiación⁷⁷.

La resolución del caso *Tecmed* es única dentro del derecho internacional sobre expropiación porque, de forma explícita dentro del concepto de proporcionalidad bajo el Protocolo 1 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal resaltó tres factores⁷⁸:

- i. El fin y la razonabilidad de las medidas gubernamentales.
- ii. La privación de los derechos económicos
- iii. Las expectativas legítimas del inversionista.

La privación de derechos económicos y de expectativas legítimas debería ser justificada legalmente, tanto por la medida impuesta al inversionista extranjero así como por el fin que se desea realizar mediante cualquier regulación expropiatoria. La existencia de una conexión racional entre el daño que se desea prevenir y la medida tomada por el Estado en cuestión es primordial. En el derecho Internacional, a un Estado no se le permite simplemente identificar algún riesgo hipotético, tomar medidas regulatorias para resolverlo y sostener que dichas medidas tomadas son justificadas bajo los poderes de policía. Realizarlo de esa forma despojaría completamente al inversionista, que ha actuado de buena fe, de sus expectativas legítimas y razonables⁷⁹.

5. El Estándar Mínimo

El contenido del Estándar Mínimo Internacional es difícil de identificar, debido a que no existe una guía sobre cuales son los límites del mismo. El estándar de compensación pronta y adecuada dada por la Fórmula Hull, se entiende integrada

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Cfr. A. NEWCOMBE, "The Boundaries ...", op. cit., p. 40.

⁷⁹ Cfr. A. NEWCOMBE, "The Boundaries ...", op. cit., p. 38.

dentro del Estándar Mínimo aplicable. La investigación de tal compensación por los Tribunales Internacionales, así como el requerimiento de que la expropiación debería ser no discriminatoria y por utilidad pública, se dice que provienen del Estándar Mínimo Internacional. El problema sobre el estándar mínimo, en el contexto de la expropiación indirecta, se fundamenta en la incertidumbre sobre que medidas regulatorias expedidas por un Estado bajo los Poderes de Policía, otorgan el derecho a una compensación⁸⁰.

El estándar mínimo surgió como un requisito para el estándar de trato nacional, propuesto por la Doctrina Calvo. Su contenido fue ampliamente determinado en el curso del debate sobre expropiación. A parte del estándar de compensación, otro aspecto en conflicto es el estándar relacionado a la resolución de disputas. Quienes apoyan la aplicación del estándar mínimo argumentan que, los problemas relacionados a la expropiación deben ser acordados, conforme al estándar internacional aplicable por los Tribunales Internacionales. La regla fue basada en la sospecha de que las cortes nacionales no proveían justicia diáfana al inversionista extranjero.

Los remedios locales requerían que una demanda internacional, entablada por el trato discriminatorio conferido a un inversionista extranjero, debía agotar las instancias nacionales. Esta regla es conocida a nivel mundial como una regla de Derecho Internacional, la cual establece primacía de la ley local para remediar las controversias con un inversionista extranjero. Sin embargo, existen excepciones a la regla, creadas debido a la ola de dictaduras en América Latina, donde los derechos de los inversionistas no eran respetados. A través del Convenio CIADI se ha podido otorgar a los inversionistas la capacidad de entablar la demanda sin tener que agotar las instancias locales⁸¹.

De esta forma, el Derecho Internacional relacionado a las inversiones, ha podido proveer un estándar mínimo de protección a los inversionistas extranjeros, en

⁸⁰ Cfr. SORNARAJAH, M.: *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, Second Edition, Reino Unido, 2005, p. 150.

⁸¹ Cfr. SORNARAJAH, M.: *The International ...*, op. cit., p. 150.

contra de medidas expropiatorias. El límite no es fácil de determinar, por lo cual en varias situaciones se hace referencia a los estándares internacionales. Estos estándares mínimos se encuentran dentro de las jurisprudencias y en los TBI's, donde se manifiesta un número de condiciones para que se verifique una expropiación como la declaratoria de utilidad pública, de manera no discriminatoria, en concordancia con el debido proceso y mediante el pago de una compensación pronta y adecuada.

La justificación para no pagar una compensación en base de los poderes de policía, debe ser consistente con los estándares mínimos internacionales. Una privación de la propiedad no puede ser justificada, si la medida en cuestión fuese inconsistente con las obligaciones internacionales del Estado, en relación a los derechos humanos. El estándar mínimo es menoscabado cuando existe una completa falta de transparencia en el proceso administrativo. Este proceso es de gran importancia para lograr la legitimidad de las medidas gubernamentales y así poder aplicar los estándares internacionales.

Los países desarrollados han sostenido que los extranjeros deben ser tratados de acuerdo con el estándar mínimo internacional, el cual puede ser incluso un estándar más alto que el acordado por el Estado Anfitrión a sus propios nacionales. Este estándar mínimo internacional es conocido como un principio general que se aplica al trato a los extranjeros. Sin embargo, existe un componente en el estándar que tiene una relevancia especial al tratamiento de las inversiones extranjeras que es su aplicación dentro de los TBI's.

Las resoluciones arbitrales modernas han reconocido que existen estándares mínimos, que el Estado Anfitrión debe ejecutar en el trato de las inversiones extranjeras. El estándar mínimo, es un estándar externo que impide a los países introducir estándares de tratamiento que ellos esperan para sus inversiones extranjeras, pero que varios países pueden encontrar difíciles de satisfacer. El fracaso de poder llevar a cabo el estándar mínimo de trato a los inversionistas crea la posibilidad de plantear una acción en contra del Estado que la ha violado su

aplicación. Tal violación puede ser impugnada a través de un mecanismo de solución de disputas.

Algunos países en desarrollo han mantenido que los inversionistas extranjeros deben tener, como máximo, el mismo trato que los nacionales. Asimismo, adhiriéndose al estándar de trato nacional, algunos Estados han requerido que en excepcionales instancias, puedan discriminar a favor de sus propios ciudadanos⁸².

El Estándar Mínimo, de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, es un concepto en evolución que no permanece “estático en el tiempo”. Es deber de los Estados expedir normativa jurídica y medidas regulatorias que se amparen dentro del Estándar Mínimo Internacional, de manera que no se transgredan los derechos de los inversionistas. Pese a que no se encuentra completamente delimitado, se debe realizar un análisis jurídico sobre la legalidad de los actos expedidos por el Estado, en función de que se vean enmarcados dentro de lo que establece el Derecho Internacional.

6. El Pago de una Compensación

Thomas Waelde y Abba Kolo⁸³ han establecido que: En el caso extremo de una completa y definitiva destrucción del valor económico de la propiedad, que requiere de una regulación que afecte a los particulares quienes deben realizar un sacrificio especial en términos del beneficio de la sociedad, la compensación debe ser pagada.

La compensación será equivalente al valor justo de la inversión expropiada en el mercado, inmediatamente antes de que la expropiación haya tenido lugar. El criterio sobre el valor deberá incluir los impuestos sobre el mismo y el valor de la propiedad intelectual, así como las demás consideraciones a determinarse dentro del

⁸² Cfr. SORNARAJAH, M.: *The International ...*, op. cit., p. 140.

⁸³ T. WALDE Y A. KOLO, “For an Interesting Discussion of the Meaning of “Legitimacy” and “Proportionality” in the Context of Environmental Regulation”, *Multilateral Investment Treaties And Environmental Expropriation Of Foreign Investment*, Citado por: Cfr. Y. FORTIER, “Indirect Expropriation ...”, op. cit, p. 320

mercado. De igual forma, el valor a consignarse por compensación debe ser pagado sin demora⁸⁴.

El DR. CÉSAR SEPÚLVEDA⁸⁵, estima que para determinar la indemnización el Estado ha de tomarse en cuenta el momento de la expropiación, el valor de los bienes, la naturaleza de ellos, el objeto que estaban destinados, el tiempo que se haya disfrutado de los mismo, el lucro que se haya obtenido de ellos (el que no debe ser excesivo), la manera como hubiere sido adquirida la propiedad y la capacidad de pago del Estado, entre otros elementos. También podrían ser tomados en cuenta la forma como el inversionista afectado cumplió las leyes del país, la forma como remuneró a sus trabajadores, inversiones que pueda haber hecho en el mismo con la utilidades obtenidas, etc.

La mayoría de los TBI's ratificados por el Ecuador estipulan que la compensación deberá ser pagada tomando en consideración los siguientes caracteres:

- El valor real de la inversión expropiada. La suma de la compensación corresponderá al valor justo de la inversión expropiada en el momento inmediatamente antes de hacer la expropiación o en que la misma se anunciara o se hiciera de conocimiento público, lo que sucediera primero.
- Dicho valor justo será expresado en una divisa de libre conversión sobre la base del tipo de cambio del mercado existente para dicha divisa en ese momento.
- La compensación incluirá también los intereses a la tasa comercial del mercado vigente, desde la fecha de la expropiación hasta la fecha efectiva de pago.
- Deberá satisfacerse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago según el tipo usual de interés bancario.
- A su vez efectivamente realizable y libremente transferible. Será liquidada en moneda transferible.

⁸⁴ Cfr. SORNARAJAH, M.: *The International ...*, op. cit., p. 1110

⁸⁵ Cfr. NOVOA MONTREAL, EDUARDO: *La Nacionalización en su Aspecto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1976, p. 169.

- A más tardar en el momento de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, deberán haberse tomado debidamente disposiciones para fijar y satisfacer la indemnización.
- La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y la cuantía de la indemnización deberán ser comprobables en procedimiento judicial ordinario.
- Los inversionistas extranjeros que sufran pérdidas en sus inversiones de capital por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o motín, no pueden ser tratados menos favorablemente que sus propios nacionales o sociedades en lo referente a restituciones, ajustes, indemnizaciones u otros pagos. Estas cantidades deberán ser libremente transferibles.

En el TBI firmado con los Estados Unidos así como el TLC Chile-Estados Unidos, se estipula lo siguiente:

- La compensación no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación
- Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a:
 - (a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más
 - (b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

Solamente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte la compensación debe ser pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los

Siete. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no puede ser inferior a la equivalente, que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

Asimismo, uno de los requisitos para compensar por motivo de una expropiación dentro del Derecho Internacional, se basa en las expectativas legítimas del inversionista. No es un concepto referencial puesto que no se puede determinar a simple vista si existe una expectativa legítima verdadera y razonable, como contraparte de un interés público protegido. Las mismas no pueden ser analizadas aisladamente del carácter de la medida gubernamental y del impacto económico.

Las expectativas que esperan una compensación por expropiación pueden ser consideradas legítimas, cuando la medida ejecutada por el Estado tiene como resultado una expropiación directa o indirecta sea porque no se cumplió con lo establecido en un contrato, permiso o autorización, o cuando existe una privación de la propiedad por una medida regulatoria que pretende proteger un bien jurídico.

6.1. Fórmula Hull

El estándar aplicable de compensación ha sido sujeto a batallas épicas en el último siglo, sobre todo alrededor la de la “Fórmula Hull”, la cual provee una pronta, adecuada y efectiva compensación. Esta fórmula fue propuesta por el Secretario de Estado Cordell Hull durante la expropiación mexicana, con motivo de una reforma agraria en el Estado. Un factor importante es que Hull no caracterizó a la expropiación como una institución ilegal, debido a que cualquier toma de la propiedad bajo un precepto legal debe otorgar el pago de una indemnización. Por lo tanto, cuando no se consigna el pago de la compensación esta se convierte en ilegítima⁸⁶.

⁸⁶ Cfr. SORNARAJAH, M.: *The International ...*, op. cit., p. 438.

El Ministro de relaciones exteriores de México le escribió a Hull diciendo que: “Mi gobierno mantiene que existe una regla internacional, no universalmente aceptada ni puesta en práctica, que hace obligatorio el pago de una compensación inmediata, incluso en los casos de expropiación como el mexicano, en el cual se está redistribuyendo las tierras”⁸⁷. A lo que Hull respondió: “Bajo todos los preceptos de ley y equidad, ningún gobierno tiene la potestad de expropiar la propiedad privada, por cualquier propósito, sin proveer una pronta, adecuada y efectiva compensación”⁸⁸.

La Fórmula Hull, desde sus principios, fue incorporada por los Estados en el pago de una compensación. No obstante, varios críticos advierten que esta no toma en consideración el hecho de que el valor de la propiedad puede depreciarse como un resultado del anuncio previo de una expropiación. Por este motivo, la mayoría de tratados holandeses utilizan la fórmula de la “justa” compensación, para poder amparar cualquier devaluación que pueda sufrir la propiedad. Asimismo, el TBI entre Nueva Zelanda y China prevé la fórmula que hace referencia a la “compensación que puede ser efectivamente realizable”, la cual es utilizada en un número reducido de tratados⁸⁹.

Gran parte de la doctrina estima que las palabras “justo”, “equivalente” y “adecuado” tienen exactamente el mismo significado. Así como muchos autores afirman que la utilización de la fórmula Hull propende a que los Estados, en función de la liberación del mercado, la introduzcan en los TBI’s para fomentar las inversiones. A su vez se ha establecido dentro del Derecho Internacional el “Estándar Hull”, que anteriormente se había nombrado como parte integral del estándar mínimo aplicable a las expropiaciones, por lo tanto muchos consideran que debería formar parte del Derecho Internacional Consuetudinario.⁹⁰

⁸⁷ Ibid. p. 243.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid, p. 244.

⁹⁰ Ibid, p. 245.

7. La No Compensación

Para lograr explorar el enfoque de la legitimidad de las medidas regulatorias, dentro de los poderes de policía del Estado, es necesario plantearnos las siguientes inquietudes:

- i. Puede la no compensación ser justificada?
- ii. En qué circunstancias puede la no compensación ser justificada?
- iii. Que límites existen para la justificación de la no compensación?

Existen varios ejemplos de expropiaciones, en las que se consideró que no existía la obligación de compensar, en excepcionales circunstancias, cuando la medida de despojo de la propiedad fue realizada necesariamente para proteger a la sociedad de un peligro inminente. Esto constituye un principio general del derecho, ya que en un análisis realizado a los sistemas legales domésticos, DOLZER⁹¹ encontró que “estos sistemas uniformemente indicaban, en principio, que la no compensación ocurre cuando una medida es necesariamente realizada para proteger a la sociedad de un peligro potencial a la propiedad.”

El poder de policía en sus varias formas, generalmente puede ir por encima de los derechos de propiedad, incluso cuando ciertos problemas de definición han plagado cortes y autores en el área. Por ejemplo en el Caso Bischoff, Venezuela fue encontrada no responsable por un Tribunal Ad-Hoc por la apropiación, durante la epidemia de viruela, de un carruaje italiano contaminado con esta enfermedad contagiosa. “Ciertamente, durante una epidemia de una enfermedad contagiosa, no puede haber responsables por el ejercicio cabal de los poderes de policía”⁹². La compensación también fue rehusada en 1925, en el caso donde las autoridades americanas en las Filipinas destruyeron un stock de licor considerado peligroso: “la

⁹¹ Cfr. DOLZER, RUDOLF: “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review*, Foreign Investment Law Journal, 1986, p. 57.

⁹² Bischoff Case, Venezuela Arbitration of 1903, Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1964, vol. II. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

destrucción era un asunto enteramente de la policía, dentro de los poderes del gobierno militar y completamente justificado por las circunstancias.”

El razonamiento general para la no compensación se fundamenta en que los derechos de propiedad tienen inherentes limitaciones, ya que nunca son absolutos. La propiedad es una institución social que no puede ser utilizada en una manera que ocasione serios daños al orden público, a la moral, a la salud humana o al medio ambiente. La no compensación puede ser justificada cuando el Estado no actúa como empresario, sino como mediador entre diferentes y conflictivos derechos de propiedad. Por lo tanto, la limitación en cuestión puede ser inherente a la propiedad.

Se debe a su vez distinguir entre el Estado que actúa como comprador y el Estado encargado de crear políticas en el contexto de la utilidad de las regulaciones. Cuando el Estado actúa como comprador, debe existir una compensación. Cuando actúa como ente creador de regulaciones, debe haber la presunción en contra de la compensación. Esto es generalmente consistente con el enfoque de apropiación sobre la responsabilidad del Estado por expropiación⁹³.

Mientras que la distinción entre el Estado como empresario (comprador), del Estado encargado de crear políticas, regulaciones y prevenciones a peligros potenciales, depende al final de la determinación de la medida gubernamental en cuestión. Una decisión administrativa restrictiva que afecta a una propiedad en específico, la cual reduce virtualmente a nada su valor económico (esto es conocido como “valor de la expropiación”), otorga derecho a compensación. Esta situación surge cuando la restricción es tan severa (absoluta prohibición) o es impuesta por un periodo indefinido de tiempo, o se mantiene por periodo que no es razonable⁹⁴.

Por otro lado, no existe derecho a compensación por daño resultante de una restricción que ha sido impuesta por un periodo indefinido, que no tiene un efecto grave sobre el derecho de propiedad, o es una restricción que cesará en un tiempo razonable incluso aunque sea severa. En un gran número de reclamos realizados ante el Tribunal Iraní-Estadounidense se encontró que las medidas de “bonna fide”, las

⁹³ Cfr. A. NEWCOMBE, “The Boundaries ...”, op. cit., p. 42.

⁹⁴ Cfr. G. SAMPLINER, “Arbitration of expropriation...”, op. cit., p. 12.

cuales solamente toman una relativamente pequeña proporción del valor de la propiedad en cuestión, no son compensables por motivo de expropiación, porque el grado de injerencia con el derecho de propiedad del reclamante es insuficiente⁹⁵.

El derecho internacional ha reconocido dos amplias categorías de poderes de policía regulatorios, que pueden justificar la no compensación cuando exista una privación por⁹⁶:

- i. Orden público y moral
- ii. Protección de la salud humana y el medio ambiente.

En adición, la facultad de imponer tributos es otra forma reconocida de apropiación sin compensación.

Es importante resaltar que la habilidad del Estado para justificar la no compensación en los supuestos expresados anteriormente, estará afectada por la extensión de los compromisos legalmente obligatorios realizados por el Estado. Una regulación no discriminatoria, otorgada por utilidad pública, no es expropiatoria y compensable a menos que un compromiso específico haya sido dado por el gobierno al inversionista extranjero. Bajo el Derecho Internacional, un Estado tiene una amplia discreción para regular la protección de la moral pública, el orden público, el medio ambiente, la salud y la seguridad. El ejercicio de tales poderes no debe ser injusto, idiosincrásico o discriminatorio.

7.1. El Orden Público y La Moral

La propiedad puede ser tomada y sujeta a pérdida si esta deviene de actividades criminales tales como el contrabando y el tráfico de drogas. En varios países es ilegal la posesión de ciertos tipos de bienes, tales como pornografía, drogas o armas, y por lo tanto, ninguna compensación sería adeudada si un Estado incauta este tipo de bienes para hacer cumplir la ley local. También puede ser destruida o sujeta a restricciones en tiempos de guerra civil.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Cfr. A. NEWCOMBE, "The Boundaries ..., op. cit., p. 30.

Claramente no todas las expropiaciones, confiscaciones o destrucciones de la propiedad con motivo de orden público y moral pueden ser justificadas. Por ejemplo, en el caso “The Phare”, las autoridades nicaragüenses confiscaron armas que se encontraban a bordo de una embarcación francesa llamada “Phare” en Corinto, un puerto nicaragüense. El arribo del barco al puerto no fue ilegal, puesto que las armas se encontraban enlistadas en el manifiesto de la embarcación y, bajo las leyes locales existentes, no era motivo suficiente para considerar que estaban siendo importadas.

La Corte dijo que era de competencia de la autoridad local, si por cualquier motivo consideraba la presencia de las armas en el Puerto de Corinto como peligrosa, rehusarse a permitir que el capitán se quede en el puerto. También sostuvo que la toma fue realizada con un fin político, bajo el ideal de la conservación social y con una perspectiva de prevenir que las armas a su vez caigan en las manos de los revolucionarios. La clara apropiación de las armas por el gobierno no era justificable bajo la ley local, peor aún cuando existía una alternativa razonable que consistía en la simple prohibición de entrada de la embarcación francesa.⁹⁷ En este caso el Tribunal señaló que no hubo justificación para tales poderes de policía, ni tampoco para que no se pague una compensación.

El enfoque de los poderes de policía en el área de la moral pública y el orden es particularmente difícil de definir. Los tipos de restricciones a la propiedad que pueden ser sustentados legalmente con una base de moral pública pueden sustancialmente divergir. Muchos Estados restringen a la propiedad o el uso de ciertos tipos de propiedad, que son contrarios al orden público y a la moral, bajo sus perspectivas. Pero en un mundo donde no existe un mismo concepto de moral y de filosofías políticas, es muy difícil realizar juzgamientos acerca del enfoque de “legitimidad” de los poderes de policía con respecto a la moral.

⁹⁷ Cfr. A. NEWCOMBE, “The Boundaries ...”, op. cit., p. 31.

7.2. El Medio Ambiente y la Salud Pública

En los casos de expropiaciones medioambientales, los poderes de policía no pueden ser usados como excusa para no compensar al inversionista extranjero, cuando el Estado esta esencialmente adquiriendo o usando la propiedad para propósitos públicos. La propiedad puede ser expropiada o confiscada durante la epidemia de una enfermedad infecciosa, e incluso destruirla si la situación así lo requiere. Por ejemplo, en 1984 las autoridades brasileras destruyeron varios lotes de sandías para acabar con el cólera. Los productores de sandía pidieron a las autoridades brasileras el pago de una compensación. Cuando su demanda fue desechada, varios de los productores estadounidense pidieron al Gobierno de donde provenían, que realice un reclamo en su nombre. El Departamento de Estado Estadounidense sostuvo que las medidas fueron justificadas en las circunstancias y que la compensación no podía ser demandada⁹⁸.

La reciente resolución sobre Methanex provee una guía con respecto a como interpretar la evidencia científica en el contexto de las demandas sobre TBI's. En Methanex el Tribunal analizó la evidencia científica sobre la cual California prohibió el aditivo a la gasolina MTBE. La decisión de prohibir el MTBE se basó en un informe investigativo de la Universidad de California (UC Report), el cual concluyó entre otras cosas, que existían riesgos significantes y costos asociados con la contaminación de agua debido al uso del MTBE. El Tribunal sostuvo que la investigación realizada por la Universidad de California reflejaba datos serios, objetivos y científicos, motivo por el cual no fue persuadido en el sentido de que el informe de UC era científicamente incorrecto y aceptaron sin reservas las conclusiones de los expertos en el tema. Por ello adujeron que la prohibición estaba motivada de buena fe y bajo argumentos científicos razonables, que MTBE contaminaba el agua subterránea y era difícil de limpiar, causando daños medioambientales⁹⁹.

⁹⁸ Ibid, p. 33.

⁹⁹ Methanex Corp. vs. United States, Arbitration under Chapter 11 of the North America Free Trade agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>

Para poder conocer si la regulación dada por el Estado es legítima, con respecto a la protección de la salud humana y del medio ambiente, se debe distinguir entre la evaluación y el manejo del riesgo. La evaluación del riesgo busca identificar si es legítimo el fin gubernamental de la medida. La legitimidad de la medida depende de si la inversión incrementa el riesgo a la salud humana o al medio ambiente. El manejo del riesgo busca la respuesta regulatoria que puede disponerse sobre un riesgo dado.

En el contexto comercial, la preocupación sobre la salud o el riesgo medioambiental podría ser usado para propósitos proteccionistas. Esta preocupación se ha visto reflejada en los convenios de la OMC sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que se aplican a las medidas relacionadas a alimentos, animales o plantas.

En el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias se plantea el “principio de necesidad”, el cual requiere que¹⁰⁰:

- i. La medida aplicada sea consistente con los objetivos establecidos.
- ii. Los objetivos en cuestión estén racionalmente conectados con el análisis del riesgo.
- iii. No se otorguen medidas menos restrictivas a la inversión, que sean completamente dirigidas al riesgo.

Bajo el precedente del caso Methanex, para poder establecer si una medida regulatoria por parte del Estado legalmente previene un potencial daño al medio ambiente, se requiere¹⁰¹:

- i. Una evaluación del riesgo con fundamento científico.
- ii. Una conexión racional entre el riesgo identificado y la medida tomada.
- iii. Una evaluación de las opciones regulatorias disponibles para el Estado en función del riesgo.

¹⁰⁰ Aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, Abril, 1994, Acuerdo de Marrakesh estableció la OMC, Anexo 1^a, Instrumento legal realizado en la Ronda Uruguay.

¹⁰¹ T. Walde y A. Kolo, “For an Interesting Discussion of the Meaning of “Legitimacy” and “Proportionality” in the Context of Environmental Regulation”, *Multilateral Investment Treaties And Environmental Expropriation Of Foreign Investment*.

Todos estos factores son importantes para poder determinar la legitimidad de las medidas dadas por los poderes de policía, mediante un análisis claro y preciso. De lo contrario, cualquier informe, que no necesariamente tenga un soporte científico, puede ser utilizado como un pretexto por parte del Estado para expropiar la propiedad tanto de nacionales como de extranjeros.

7.3. La Tributación

En el pasado, la tributación confiscatoria negaba el acceso a infraestructuras o materiales necesarios, imponía un régimen de regulaciones irracionales y era considerada como una serie de actuaciones expropiatorias. Actualmente la Tributación es por definición una apropiación de la propiedad que no es compensada, ya que las autoridades internacionales están concientes que puede darse una imposición tributaria sobre ciertas inversiones. De igual forma, varias decisiones de los Tribunales internacionales han encontrado que ciertas formas de tributación pueden equivaler a expropiación.

En el caso *Link-Trading vs. Moldova*, el Tribunal sostuvo que las medidas fiscales se convierten en expropiatorias cuando son equivalentes a una toma abusiva de la propiedad. El término abuso se define en relación a la injusticia, arbitrariedad y discriminación o violación en la apropiación hecha por el Estado¹⁰².

El Tribunal del caso *Marvin Feldman vs. México* estableció que un Estado es responsable por expropiación cuando la propiedad privada es sujeta a impuestos, regulaciones u otras acciones confiscatorias que irracionalmente interfieren con ella, o retrasan ilegalmente el goce efectivo de la propiedad de un inversionista extranjero. Por el contrario, el Estado no es responsable por la pérdida de la propiedad o cualquiera otra desventaja económica resultante de una medida regulatoria de aplicación general y de buena fe, si no es discriminatoria y comúnmente aceptada como dentro de los poderes de policía del Estado¹⁰³.

¹⁰² Cfr. A. NEWCOMBE, "The Boundaries ...", op. cit., p. 36.

¹⁰³ Cfr. *Marvin Feldman v. Mexico*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, No. ARB(AF)/99/1. http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.PDF

El Tribunal admitió que el Estado tiene una considerable discreción en regular su economía y que la disconformidad causada al inversionista extranjero no debería ser considerada como expropiación. “No toda actividad regulatoria que hace difícil o imposible a un inversionista llevar adelante su negocio, el cambio en las leyes o el cambio en la aplicación de las leyes preexistentes que lo hace improductivo, se constituye en expropiación”¹⁰⁴. Por lo tanto la reducción de tarifas como una consecuencia de regulaciones no puede ser catalogada como expropiación¹⁰⁵.

Desafortunadamente, las autoridades en el área tributaria en la mayoría de países no siempre actúan de manera consistente y predecible. En muchos regímenes tributarios las leyes son usadas como instrumentos de políticas públicas así como de políticas fiscales y ciertos contribuyentes son inevitablemente favorecidos en relación con otros que se encuentran en una situación de desventaja.

8. La Nacionalización

“Se ha definido a la nacionalización como la transferencia al Estado de bienes o derechos privados para fines de explotación y de control”¹⁰⁶. Se constituye como un acto gubernativo de alto nivel, destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su reestructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia es trasformada, de manera general e impersonal, en propiedad colectiva y queda en el dominio del Estado, bien sea directamente o a través de órganos especiales que lo representan, a fin de que éste continúe la explotación de ellas según las exigencias del interés general¹⁰⁷.

El fundamento jurídico para la nacionalización deriva de la potestad que tiene el Estado para adoptar libremente dentro de su territorio todas las medidas que exige el desarrollo, bienestar y progreso de la comunidad humana a su cargo. Sin embargo,

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Cfr. SORNARAJAH, M.: *The International ...*, op. cit., p. 383.

¹⁰⁶ E. NOVOA MONTREAL, *La Nacionalización ...*, op. cit, p. 138.

¹⁰⁷ Ibid.

no puede valerse el Estado de la nacionalización como pretexto para alcanzar fines que son ajenos a la institución, con mayor razón si éstos son torcidos e injustos. Tal sería una nacionalización que fuera decretada para tomar represalias o para perseguir fuera de los procedimientos legales regulares a los propietarios afectados¹⁰⁸.

Según explica S. Petren¹⁰⁹, “la costumbre internacional ordena, en caso de expropiación de bienes de extranjeros una indemnización adecuada, pronta y efectiva.....” Este precepto se formó de una manera general, con ocasión de expropiaciones de tipo más bien clásico, que no se refieren sino a objetos individuales determinados, para los cuales una indemnización adecuada no se estrella con dificultades insalvables”. Y más adelante añade: “los Estados occidentales cuyos nacionales han sido víctimas de nacionalizaciones han querido llevar la cuestión de su indemnización a las reglas consuetudinarias aplicadas a las expropiaciones de tipo clásico”.

Si se otorga una medida regulatoria prohibitiva, que solamente afecta a los operadores privados y tiene como resultado un monopolio del Estado sobre una actividad económica existente, entonces existe una apropiación que debe ser compensada, porque se ha llevado a cabo una nacionalización de facto. Pero la nacionalización irrumpe en la esfera del derecho como una institución jurídica autónoma, dotada de reglas propias, inconfundible con una expropiación.

La diferencia que se puede observar entre nacionalización y expropiación indirecta se da con respecto a la magnitud de la acción. Una nacionalización comprende un género de actividades económicas, que en adelante asumirá el Estado, como por ejemplo la nacionalización del sector hidrocarburífero. La expropiación indirecta cae sobre un sujeto en especial. No se expropia a todas las empresas productoras de hidrocarburos, sino a una sola y de manera discriminatoria.

Una nacionalización discriminatoria en contra de extranjeros, que priva de sus bienes o derechos solamente a éstos, sin afectar al mismo tiempo a los nacionales que

¹⁰⁸ Ibid. p. 149.

¹⁰⁹ Cfr. S. PETREN, *Le confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu*, publicado en R.C.A.D.A., vol 2, 1963, pp. 494 y 494, Citado por: E. NOVOA MONTREAL: *La Nacionalización ...*, op. cit, p. 144.

poseen iguales derechos o bienes y cuya situación para los fines de los intereses generales es la misma que aquellos, puede ser impugnada en tanto podía expresar un propósito de persecución a los extranjeros por el hecho de ser tales. En este caso, las mismas razones dadas anteriormente podrían permitir su impugnación y el juzgamiento del Estado que la decretó ante las jurisdicciones internacionales competentes, para los fines de hacer efectiva su responsabilidad internacional¹¹⁰.

Por consiguiente, una nacionalización regular y legítima desde el punto de vista del actual derecho internacional, presupone que ha sido resuelta por finalidades de alto interés público y que no envuelve propósitos ilegítimos, entre los cuales podría estar la discriminación a extranjeros. Una parte de la doctrina, especialmente aquella que se orienta en defensa de los intereses de los países exportadores de capital, sostiene que el pago de la indemnización debe ser “pronto, adecuado y efectivo”, como requisito indispensable para la validez internacional de una nacionalización. Desde esta perspectiva una nacionalización sin compensación se convierte en una confiscación o deja de ser jurídicamente válida¹¹¹.

Otra gama de autores señalan que la nacionalización, por ser una institución autónoma que no está sujeta a las reglas de la expropiación, no debe pagar una indemnización. Afirman además que el Estado que nacionaliza es el que decide soberanamente si debe pagar una indemnización, lo que es igual a decir que el Estado no debe pagar una indemnización¹¹². Otros creen que el Estado al nacionalizar no tiene otra obligación que la de no dejar a los extranjeros en condición inferior a los nacionales que pueden ser afectados. Un número considerable de juristas sostiene que el Estado que nacionaliza debe considerar el pago de una indemnización, pero que ésta no necesita ser completa, ni previa, ni ajustarse a otras reglas especiales, por no

¹¹⁰ Ibid. p. 153.

¹¹¹ Ibid. p. 154.

¹¹² Fisher-Williams: “International Law and Property of Aliens”, *British Year Book of International Law*, 1928, p. 1, Brierly, J.L.: “Law of Nations”, Oxford, 1963; Bishop, W.: “General Course of Public International Law”, *R.C.A.D.I.*, vol. 3, 1965, p. 265; Rolin, H.: “Anuario del Instituto de derecho Internacional”, vol. 43, cap. I, 1959, p. 100. Citado por: Cfr. E. NOVOA MONTREAL, *La Nacionalización en su Aspecto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1976, p. 155.

existir en el actual derecho internacional regla alguna que permita determinar su monto o su forma de pago¹¹³.

Varios países han adoptado la posición de que el Derecho Internacional no prevé ninguna indemnización obligatoria cuando se trata de nacionalización de bienes extranjeros y que el pago de una posible indemnización debe ser decidido con arreglos a la legislación nacional del país que adopta la medida, porque “toda restricción al derecho de nacionalizar limita el principio de soberanía”¹¹⁴.

Mediante la Resolución 3171 de las Naciones Unidas, se dijo que la indemnización que debe pagarse debe ser “apropiada”. Este calificativo mira el monto de la indemnización y la forma de su pago, pero tiene mucha elasticidad, porque solamente señala que ha de ser proporcional o conveniente para el fin a que se destina¹¹⁵. Parte de la doctrina establece que una compensación “pronta, adecuada y efectiva” dejaría a los países con deficientes condiciones económicas imposibilitados de adoptar una nacionalización, siendo un mecanismo por el cual el Estado puede cumplir con el bienestar general. Además, debería considerarse más que el monto del perjuicio soportado por el inversionista, las posibilidades económicas del Estado nacionalizador¹¹⁶.

Los TBI's contienen cláusulas sobre expropiación y nacionalización, en las cuales se comprometen los Estados a no efectuarlas respetando el derecho a la propiedad de los inversionistas. No obstante, los TBI's solamente prescriben para el caso de expropiación, que ésta debe ser realizada por utilidad pública, bajo el debido proceso, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una compensación. Sobre nacionalización todavía no se ha planteado de forma diáfana como debe ser efectuada ni tampoco de que manera se debe indemnizar. Los Estados no efectúan una declaratoria de utilidad pública antes de nacionalizar un sector de la industria.

¹¹³ Cfr. E. NOVOA MONTREAL, *La Nacionalización ...*, op. cit, p. 155.

¹¹⁴ Esta tesis se impuso en la Resolución 3171 (XXVIII) del 17 de diciembre de 1973, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por abrumadora mayoría de votos.

¹¹⁵ Cfr. E. NOVOA MONTREAL, *La Nacionalización ...*, op. cit, p. 169.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 156.

Acorde con el decreto de nacionalización de Bolivia, mediante un referéndum vinculante el pueblo boliviano aceptó recuperar la propiedad de todos los hidrocarburos producidos en el país, ya que constituyen bienes nacionales de dominio originario, directo, inalienable e imprescriptible del Estado. El Presidente Evo Morales adujo que la exploración y explotación petrolera llevada a cabo mediante los contratos no cumplieron con los requisitos constitucionales, puesto que se “entregó la riqueza hidrocarburífera a manos extranjeras”. Además, se calificó al proceso de capitalización y privatización de los Yacimientos petrolíferos como traición a la patria. Por estos motivos se llamó a todas las empresas, a que dentro de un plazo de 180 días suscriban nuevos contratos o que entreguen la propiedad al Estado¹¹⁷.

Estas actuaciones se basaron en el Pacto de derechos Económicos y Políticos, así como en el Pacto de Derechos Económicos y Culturales, el mismo que establece lo siguiente: “Todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como en el Derecho Internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

Si bien es una prerrogativa del Estado la nacionalización en función del bienestar general, como parte de su soberanía, también lo es el respeto a los Tratados de Promoción y Protección Internacional de las Inversiones. No se puede afirmar que un Estado contratante de un TBI se arrogue a sí mismo la capacidad de incumplir con las obligaciones establecidas en él, teniendo como pretexto una mal llamada soberanía. Por lo tanto, si se efectúa una nacionalización, no existirá otra opción que pagar una compensación, aceptando la opinión generalizada a nivel internacional, porque de lo contrario verificaríamos la existencia de una confiscación.

Bolivia es el primer país del continente en nacionalizar sus hidrocarburos, debido a que se nacionalizó en 1973 la Estándar Oil, y según lo establece el actual presidente fue una “medida heroica que se tomó nuevamente en el año 1969

¹¹⁷ Decreto de Nacionalización de Hidrocarburos de Bolivia, Decreto Supremo No: 28701 emitido por el Presidente Evo Morales Ayma, 1 de mayo del 2006.

afectando a la Gulf Oil, correspondiendo a la generación reciente a llevar adelante la tercera y definitiva nacionalización de su gas y su petróleo”¹¹⁸. Estas medidas se añaden a la supuesta “lucha histórica de las naciones, pueblos originarios y movimientos sociales por reconquistar nuestras riquezas como base fundamental para recuperar nuestra soberanía”¹¹⁹.

9. La Confiscación

La confiscación implica “el desapoderamiento de los bienes de una persona, que pasan al poder del Estado sin compensación alguna”¹²⁰. Su utilización era común en Estados gobernados por dictadores y oligarquías porque constituía la fuente más ordinaria y abundante de las res fiscales. En ciertos casos se constituía como una verdadera pena que incidía sobre el patrimonio del reo y se aplicaba a los proscriptos y a los condenados por crímenes ordinarios ajenos a la política¹²¹.

En la antigüedad era una toma caprichosa de la propiedad por una autoridad superior en función del beneficio de la sociedad. Estas tomas de la propiedad ocurren con menos frecuencia en los tiempos modernos aunque en algunas legislaciones el vocablo se ha utilizado como equivalente a decomiso o requisición.

Las notas características de la confiscación son las siguientes¹²²:

- i. Puede ser resultante de medidas de carácter individual (personal) o de carácter general (colectivo).
- ii. Puede configurarse a través de medidas penales, civiles, administrativas y fiscales.
- iii. Puede resultar tanto de requisiciones militares, como de las autoridades civiles.

¹¹⁸ Decreto de Nacionalización de Hidrocarburos de Bolivia, Decreto Supremo No: 28701 emitido por el Presidente Evo Morales Ayma, 1 de mayo del 2006.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ R. DROMI, *Derecho Administrativo*, op. cit, p. 732.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

En nuestra Constitución, el artículo 33 prohíbe expresamente todo tipo de confiscación de los bienes. Esta institución se va en contra del principio de inviolabilidad del derecho a la propiedad porque nadie puede ser privado de sus bienes si no es mediante una declaración de utilidad pública para ser expropiado. Pese a que no es un derecho absoluto, este se encuentra garantizado.

La diferencia fundamental entre confiscación y expropiación indirecta es que en el primero no existe ningún tipo de pago, mientras que en el segundo debe consignarse una compensación. Asimismo, la confiscación se realiza de manera directa, mientras que la expropiación indirecta ocurre a través de actividades que de forma ilegible afectan a la propiedad del inversionista extranjero. Una confiscación no necesariamente acabará con el valor económico de la inversión y esta puede afectar tanto los bienes de los nacionales como los extranjeros. Por ser una institución prohibida de manera general por la Constitución, otorga la facultad de demandar una indemnización por lo daños provocados.

III. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LOS INVERSIONISTAS FRENTE A MEDIDAS EXPROPIATORIAS.

1. Desarrollo de los Tratados Bilaterales de Inversiones dentro del Comercio Internacional

A mediados de la década de los ochenta y principios de la siguiente se iniciaron amplias reformas económicas y un proceso de liberalización del comercio exterior en América Latina y el Caribe. Esto condujo también a una considerable liberalización del régimen de las inversiones en la mayoría de esos países. Esos nuevos regímenes de inversiones tenían como finalidad promover inversiones extranjeras mediante el otorgamiento del trato nacional y la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital y ganancias. También permitieron a los países aceptar el arbitraje internacional como medio de resolver diferencias que pudieran plantearse entre el estado anfitrión e inversores extranjeros, apartándose de

lo que había sido la tradición de la mayor parte de los países latinoamericanos, basada en la doctrina Calvo¹²³.

Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones fueron los primeros de su clase en admitir la concurrencia a un foro legal, para poder resolver disputas entre los Estados y los inversionistas. El único recurso disponible era otorgado a países agraviados, si ellos lo escogían, para llevar sus disputas a la Corte Internacional de Justicia, siendo este remedio un mecanismo poco efectivo para que el inversionista extranjero pueda resolver la violación de un tratado. Los inversionistas agraviados podían solamente remediar su problema, bajo los parámetros de un tratado, si ellos podían persuadir a su gobierno de presentar a su nombre, una demanda en contra de la otra parte firmante del Tratado. Esta opción era muy poco probable para aquellas compañías con disputas relativamente pequeñas, en relación a los temas importantes relacionados a la política externa.

Los más recientes TBI's no se apoyan meramente en el Estado del inversionista para patrocinar una demanda a su nombre. Al contrario, estos tratados permiten a los inversionistas proceder directamente en contra del Estado anfitrión, mediante un Arbitraje Internacional, para poder subsanar los daños causados por la violación al Tratado. La mayoría de los TBI's modernos proporcionan al inversionista la opción de acudir a un Arbitraje Ad-hoc bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional "CNUDMI" (United Nations Commission of International Trade Law "UNCITRAL"), o bajo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones "CIADI" (International Centre for Settlement of Investment Disputes "ICSID")¹²⁴.

Los TBI's modernos proveen protección en contra de las expropiaciones indirectas, a través de una pronta, adecuada y efectiva compensación, al igual varias restricciones a la discriminación sobre las transferencias de fondos y el llamado

¹²³ Cfr. ANÓNIMO: "Acuerdos Sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: Un Compendio". <http://www.ftaa-alca.org/wgroups/wgin/spanish/bits1196.asp>.

¹²⁴ Cfr. G. SACERDOTI: Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review Awards, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 19, Number 1, Spring 2004, p. 10.

“requerimiento a los rendimientos” (obligación del inversionista extranjero de alcanzar ciertos niveles de producción para la exportación, la compra de ciertos materiales nacionales o la transferencia de determinadas tecnologías). También contienen un estándar mínimo de tratamiento, así como otras obligaciones para el Estado anfitrión, como por ejemplo otorgar la facultad al inversionista extranjero de contratar a nacionales de su elección en puestos administrativos claves.

Los inversionistas extranjeros reciben estas protecciones a diferencia de los nacionales, debido a que no tienen un rol dentro de la elaboración de políticas públicas. Éstos podrían ser particularmente vulnerables a conductas abusivas del Estado porque no poseen una representación formal y por ello, muy a menudo no pueden dejar las disputas dentro de la jurisdicción local sin perder los beneficios de sus inversiones. La falta de representación en el proceso político ocasiona que los inversionistas no tengan injerencia en las decisiones que significativamente afectan su inversión.

Si bien los inversionistas reciben ventajas en el largo plazo, estos se ven coartados de mitigar las cargas de las regulaciones, cuando tienen ciertas expectativas legítimas de recuperar sus inversiones en un corto plazo y dejar la jurisdicción. En ciertas ocasiones las medidas imprevistas del gobierno ocasionan pérdidas severas, imposibles de recuperar. Por ejemplo, las políticas de nacionalización son comúnmente predicadas asumiendo que el inversionista extranjero podría ser excluido de la futura participación económica. En otras circunstancias la nacionalidad del inversionista extranjero hace a la inversión un potencial objetivo de medidas gubernamentales. Así como el pago de compensaciones a un inversionista extranjero puede ser visto como un fracaso político que dudosamente será respaldado por los movimientos sociales vigentes.

Se suma a la falta de voz, la posibilidad de que los inversionistas no puedan ser capaces de encontrar una salida, como una estrategia para mitigar el riesgo, especialmente cuando la inversión es inamovible o los costos son exorbitantes. Un inversionista extranjero con una inversión sumamente alta, por ejemplo, una

estructura desarrollada como una concesión de agua o de electricidad, es extremadamente vulnerable a una expropiación indirecta o a una expropiación progresiva mediante una serie de medidas regulatorias. Asimismo, si se toma ventaja de un inversionista extranjero que no tiene voto y está inhabilitado de encontrar una salida de la jurisdicción, el Estado puede escoger políticas que, siendo discriminatorias, externalizan el costo de la regulación social al inversionista extranjero.

Globalmente existen más de 2000 TBI's firmados por los distintos países alrededor del mundo. Los Estados Unidos han firmado 45 TBI's, de los cuales se encuentran ratificados 37¹²⁵ y el Ecuador ha firmado 24 TBI's con países vecinos así como con países de otros continentes. Los TBI's son creados para crear intenciones favorables al inversionista extranjero. Estas condiciones favorables contemplan un marco jurídico efectivo, cortes imparciales y medidas de transparencia en decisiones que han sido reconocidas como un mecanismo de control sobre los gobiernos. A su vez deben establecer y mantener un marco legal apropiado, puesto que la teoría moderna sobre inversiones los ha reconocido como una condición sine qua non para el éxito de la empresa privada.

2. Los Tratados Bilaterales de Inversiones y la Expropiación Indirecta

El derecho de los inversionistas extranjeros de acudir directamente a un arbitraje en contra del Estado anfitrión bajo un TBI, alegando expropiación, ha recibido una creciente atención en los últimos años. Los Estados Unidos han firmado tratados por más de dos décadas y varias controversias se han desatado desde las primeras demandas presentadas bajo el capítulo de inversiones del TLCAN.

¹²⁵ Cfr. G. SAMPLINER, "Arbitration of expropriation...", op. cit, p. 5.

Según RUDOLF DOLZER y MARGRETE STEVENS¹²⁶, los TBI's usualmente plantean que el significado de expropiación debe ser decidido en concordancia con el Derecho Internacional. Muchos TBI's y otros acuerdos de inversión proveen, definiciones de "propiedad" (o de inversión en términos similares) cubiertos por la protección de una expropiación.

En el pasado mucho se ha escrito sobre el procedimiento y la protección sustantiva que los Tratados Internacionales de Inversión proveen a los inversionistas. Ha habido mucho interés en el tema a partir de las tres demandas presentadas en el contexto del TLCAN. *Metalclad v. México* (confinamiento de desechos peligrosos), *Ethyl v. Canadá* (aditivo para combustible) y *Azinian v. México* (concesión municipal sobre el confinamiento de desechos peligrosos). Estos casos han provocado un gran interés debido a la controversia dada sobre las obligaciones de los inversionistas, la transparencia y legitimación del proceso de arbitraje entre el Estado y el inversionista. Las demandas realizadas en estos tres casos han provisto de un espacio para la crítica a los TBI's.

Una de las varias críticas que estos reciben es que los TBI's no son pólizas de seguros, y que, como ha sido señalado por los Tribunales, los inversionistas deben soportar el riesgo normal en la conducción de sus negocios. Para ciertos autores, el derecho de los inversionistas extranjeros de retar directamente a las medidas gubernamentales ante un arbitraje internacional, constituye "una sofisticada extorsión", "un camino sin salida alrededor de la Constitución" o "una amenaza a la democracia"¹²⁷.

Particularmente, las organizaciones ambientales no gubernamentales han alarmado a la sociedad sobre los arbitrajes entre los inversionistas y el Estado bajo estos tratados, alegando que los "Tribunales Secretos", no otorgan respuestas positivas a los gobiernos y conceden a las corporaciones multimillonarias sumas de dinero como pago por compensaciones resultantes de expropiaciones, incluso cuando

¹²⁶ R. DOLZER y M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, Citado por: Cfr. Y. FORTIER, "Indirect Expropriation ...", op. cit, p. 197

¹²⁷ Cfr. G. SAMPLINER, "Arbitration of expropriation...", op. cit, p. 2

las regulaciones impuestas por el gobierno están encaminadas a proteger la salud pública o el medio ambiente. Muchos autores concuerdan en que los TBI's así como el TLCAN, podrían ampliamente expandir las oportunidades de las compañías de retar a las acciones administrativas del Estado y “proveer un vehículo para que los inversionistas acosen a los gobiernos cuyas políticas no son de su agrado”¹²⁸. Varias ONG's llaman una “amenaza a la democracia” a los TBI's propuestos y particularmente a las provisiones sobre expropiación¹²⁹.

Pese a estas advertencias, el autor sobre derecho Internacional SAMPLINER asevera que cerca de diez años después de que el TLCAN fue puesto en marcha, el anticipado flujo de litigaciones y resoluciones adversas sobre expropiación en contra de la soberanía de los Estados, aún no se materializa. Sólo seis demandas en contra de los Estados Unidos han sido presentadas. Siete decisiones han sido resueltas sobre expropiación en contra de los tres países que han firmado el TLCAN, y sólo una a tenido como resultado una expropiación. Al igual que el proverbio de SHERLOCK HOLMES sobre el perro que no ladró, el bajo número de demandas presentadas en función del TLCAN y el reducido número de laudos en contra, es la prueba más elocuente sobre la falta de una amenaza grave por parte de los Arbitrajes entre los Estados y los Inversionistas por las provisiones planteadas en los TBI's¹³⁰.

En la práctica de los Tratados de Inversión, se ha dado la aceptación del enfoque ortodoxo o “sole effect doctrine” para definir a la expropiación. El enfoque ortodoxo se encuentra reflejado en la Convención para establecer la Agencia Multilateral de Garantías a la Inversión (Multilateral Investment Guarantee Agency¹³¹), establecida en 1985 bajo el auspicio del Banco Mundial, para motivar los flujos de inversión, particularmente de países menos desarrollados. MIGA tiene en la actualidad 165 Estados Miembros, entre los cuales se encuentra Ecuador. Este organismo provee protección de la inversión extranjera privada, asistencia técnica y

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Cfr. Critics of NAFTA's Investment Chapter on a PBS television show “Trading Democracy” hosted by Bill Moyers and aired on February 1, 2002. Transcript available at: http://www.pbs.org/now/transcript/transcript_tdfull.html.

¹³¹ <http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1475>

consejos políticos acerca de temas de inversiones. MIGA define a la expropiación en el artículo 11 (a) (ii) como:

“Toda acción u omisión administrativa o legislativa, atribuible al Estado anfitrión, la cual tenga como efecto la privación al inversionista de la garantía de su propiedad o el control, de los beneficios sustanciales de su inversión, con la excepción de medidas no discriminatorias de aplicación general, las cuales normalmente son tomadas porque el gobierno tiene como propósito regular la actividad económica en su territorio”.

Los Tratados de Inversión usualmente no definen el significado de expropiación y frecuentemente se refieren como medidas gubernamentales que son iguales o equivalentes a expropiación. En los casos *Pope & Talbot vs. Canadá* el Tribunal sostuvo que la frase “medida equivalente a nacionalización o expropiación”, en el artículo 1110 del TLCAN, no amplía el concepto ordinario de expropiación y la palabra equivalente no expande el significado de expropiación. En el caso *S.D. Myers*, el Tribunal citando a *Pope & Talbot* efectivamente concluyó que las palabras “equivalente a expropiación” fueron diseñadas para recoger el concepto de expropiación progresiva en lugar de expandir el enfoque internacionalmente aceptado del termino expropiación¹³². Es así como se ha dicho que la palabra “equivalente” significa semejante y que no se trata de expandir el concepto más allá de expropiación progresiva para cubrir las acciones regulatorias¹³³.

En los TBI’s firmados por los Estados Unidos, los tribunales explícitamente han considerado tres factores en el análisis sobre expropiación:

- i. El carácter de la acción gubernamental.
- ii. El impacto económico de dicha acción
- iii. Distinción entre las expectativas legítimas del Estado.

¹³² *S.D. Myers v. Government of Canada*, Partial Award, November 13/2000, p. 286. <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.

¹³³ *Pope & Talbot v. Government of Canada*, Interim Award, June 26/2000, p. 87-88. <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>

En adición, los más recientes tratados proveen dos presunciones que deben aplicarse por los Tribunales¹³⁴:

1. Excepto en raras circunstancias, las acciones regulatorias no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger el bienestar público, como la salud pública, la seguridad o el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas.
2. El hecho de que una acción o serie de acciones tengan un efecto adverso en el valor económico de la inversión, por sí sola, no establecen la existencia de una expropiación indirecta.

Un TBI puede no expresar una provisión gubernamental, pero el artículo 31 del Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados requiere que se tome en consideración cualquier “regla relevante aplicable sobre derecho internacional en la relación entre las partes”. Las Naciones Unidas han dejado en claro que los TBI’s deberán proveer protección en contra de la expropiación “en concordancia con los estándares mínimos internacionales”¹³⁵.

Existen tres razones para proteger al inversionista de expropiaciones no compensadas mediante el uso de TBI’s¹³⁶.

1. Proveer un remedio cuando el Estado directa o indirectamente adquiere la propiedad del inversionista extranjero. Esto otorga protección en contra del enriquecimiento injusto y asegura que cuando exista un beneficio público, la carga de obtener ese beneficio sea dada por utilidad pública.
2. Asegurar que las medidas del Estado no priven al inversionista de su inversión a menos que la medida sea razonablemente necesaria para proteger un interés público esencial reconocido bajo las estrechas excepciones a los poderes de policía.
3. La protección sobre expropiaciones previene a los Estados de anular o de otra manera destruir obligaciones contractuales o autorizaciones sobre las cuales el inversionista se apoya.

¹³⁴ Cfr. A. NEWCOMBE, “The Boundaries ...”, op. cit., p. 40

¹³⁵ Cfr. Tomado de U.S. Department of State, Bilateral investment Treaty Program Fact Sheet (Nov. 1, 2000) available at <http://www.state.gov/www/issues/economic/treaty.html>

¹³⁶ Cfr. A. NEWCOMBE, “The Boundaries ...”, op. cit., p. 46.

Sin embargo, uno de los obstáculos claves a las inversiones extranjeras en los países en desarrollo es la deficiencia de los sistemas legales. En particular, muchos países en desarrollo no poseen un sistema judicial eficiente que pueda de manera justa y expedita, resolver disputas que surjan entre los inversionistas extranjeros y el Estado anfitrión. Los TBI's han tratado de solucionar esta brecha proveyendo protección en contra de la discriminación que sufren los inversionistas, a través de la expropiación de sus derechos de propiedad, mediante una pronta, adecuada y efectiva compensación.

3. Importancia de la definición del término “Inversión”, que en última instancia determina lo que es expropiable.

Determinar si ha habido una significativa o sustancial privación deberá necesariamente depender de la caracterización de lo que ha sido tomado. Si un Tribunal encuentra que el derecho afectado por una medida gubernamental es una inversión, existirá ipso facto la posibilidad de una expropiación indirecta. Muchos países definen inversión según lo que les conviene, para asegurarse que solamente ciertas inversiones operen dentro de su marco regulatorio y así obtenga un determinado tratamiento y protección bajo los convenios firmados¹³⁷.

Dentro del Modelo de TBI realizado por los Estados Unidos, el término inversión envuelve a todos los bienes que un inversionista posee y controla, directa o indirectamente, que tiene la característica de una inversión, incluyendo tales características como el compromiso de capital u otros recursos, las expectativas de obtener lucro o los riesgos. Formas que la inversión puede tomar incluyen¹³⁸:

- a) Una empresa
- b) Acciones, participaciones y otras formas de intervención en una empresa.

¹³⁷ Cfr. SORNARAJAH, M, *The International ...*, op. cit., p. 305.

¹³⁸ Treaty Between the Government of the United States of America and Government of [country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1-36 (2004), available at <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>

- c) Bonos y otros instrumentos de deuda o préstamo.
- d) Futuros, opciones y otros derivados.
- e) Construcciones, administraciones, producciones, concesiones, ingresos compartidos y otros contratos similares.
- f) Propiedad intelectual
- g) Licencias, autorizaciones, permisos y similares derechos conferidos según la ley local; y
- h) Otros tangibles e intangibles, propiedad mueble e inmueble y derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamiento mercantil (leasing), hipoteca, promesas y juramentos.

En el Modelo de TBI dado por el Reino Unido se establece que un cambio en la manera mediante la cual los bienes fueron invertidos no afecta el carácter de la inversión. Asimismo, el término inversión incluye todas las inversiones, sean hechas antes o después de firmar el Convenio de Promoción y Protección¹³⁹.

Para poder conocer si ha habido una privación de la propiedad o no, el Tribunal deberá determinar si en principio existe una inversión mediante el análisis de caso por caso. Un derecho es internacionalmente reconocido, sí se encuentra legalmente adquirido. En el análisis de legitimidad el Tribunal normalmente observará en primera instancia la ley doméstica del Estado donde la propiedad está localizada.¹⁴⁰

En el caso entre Inceysa y la República del Salvador, se presentaron informes fraudulentos, así como estados financieros falsos para demostrar la experiencia del inversionista en el campo de la inspección de vehículos. De esta forma podía hacerse adjudicatario del contrato de servicios de instalación, administración y operación de plantas de revisión de técnicas vehicular y emisión de gases. La parte demandada sostuvo que: “Según la intención y las disposiciones del Tratado Bilateral de Inversiones, este protege únicamente las inversiones hechas en el Salvador de acuerdo con sus leyes. El Salvador nunca consintió a que el Tratado protegiera inversiones

¹³⁹ Agreement Between the Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of [...] for the Promotion and Protection of Investments (excerpt from Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* 228 (1995)).

¹⁴⁰ Cfr. G. SAMPLINER, “Arbitration of expropriation...”, op. cit, p. 14

tales como las basadas en contratos para proveer servicios al Estado, que hubieran sido obtenidas mediante fraude, falsificación o corrupción”¹⁴¹.

Asimismo se estableció que: “El Tratado de Inversión tiene el propósito de proteger únicamente las inversiones hechas de acuerdo con las leyes del Estado anfitrión y las partes consintieron en la jurisdicción del CIADI sólo en relación con las diferencias originadas en esas inversiones que se hubieren hecho legalmente”¹⁴². El Tribunal del CIADI declaró que no tenía jurisdicción sobre el caso porque la inversión no revestía de la condición legal necesaria para ubicarse dentro de los alcances y protección del TBI.

La inversión debe estar protegida por el Derecho Internacional acorde con los estándares mínimos, siempre que esté legalmente efectuada dentro de un Estado. Asimismo, un Estado no puede aducir que una inversión se encuentra ilegalmente constituida, aprovechándose de los errores cometidos por los funcionarios públicos responsables. Existen circunstancias en que una omisión formal puede ser subsanada y no dará derecho a que el Estado plantee que no existe tal inversión, por no haber concertado todos los requisitos formales. Esta podría ser una actuación fraudulenta y corrupta del Estado, el cual estaría actuando de mala fe.

4. Principios establecidos dentro de los TBI’s

En varios TBI’s, los gobiernos se comprometen a proveer a los inversionistas extranjeros de trato justo y equitativo, trato de nación más favorecida y trato nacional. Adicionalmente, los Estados también concuerdan no realizar actividades arbitrarias que irracionalmente discriminen a los inversionistas extranjeros, restringiendo sus operaciones, manejo, mantenimiento o expansión de sus inversiones, de manera que se configure una expropiación indirecta.

¹⁴¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C., Inceysa Vallisoletana S.L. vs. La República del Salvador, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C. Caso CIADI No. ARB/3/26.

¹⁴² Ibid.

4.1. Trato Justo y Equitativo

El objeto de esta cláusula es otorgar condiciones mínimas generales de garantía a los inversionistas, adoptados por la ley interna del país receptor de la inversión. En suiza, este principio se considera como un fundamento clásico del derecho de gentes, según el cual los Estados deben brindar a los extranjeros que se encuentren en sus territorios y a sus bienes un estándar mínimo internacional, que se traduce en un mínimo de derechos personales, procedimientos y efectos económicos¹⁴³.

Esta cláusula se considera indispensable en todo TBI. Francia trata de especificar estos conceptos refiriéndose a los principios generales del Derecho Internacional Privado y estipulando que este derecho no debe sufrir ningún atentado de iure o de facto. El Reino Unido lo estipula dentro del contexto de la cláusula de efecto continuo, según la cual los principios generales del derecho se aplican aún después de la terminación del contrato. Sin embargo, hay ciertos países que muestran reticencia a incluir esta cláusula dentro de los acuerdos bilaterales que firman.¹⁴⁴

El trato justo y equitativo ha sido asimilado como sinónimo del estándar mínimo de Derecho Internacional. Esta interpretación se basa en que bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, los inversionistas extranjeros tienen derecho a un cierto nivel de tratamiento y si este es irrespetado da lugar a responsabilidad del Estado¹⁴⁵. Dentro del caso *Tecmed*, el Tribunal encontró que el compromiso que el compromiso de trato justo y equitativo incluido en los Tratados es una expresión del principio de buena fe reconocido por el Derecho Internacional. El Tribunal Arbitral consideró que esta provisión en el Tratado, a la luz del principio de buena fe establecido por el Derecho Internacional, requiere que una de las partes contratantes provea un trato internacional a la inversión que no afecte las expectativas legítimas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero antes de realizar la inversión. El inversionista extranjero tiene como expectativa que el Estado anfitrión

¹⁴³ Cfr. P. DE LOMBAERDE: *La Inversión Extranjera en Colombia. Régimen Jurídico y Análisis Económico*, Edición: Fondo de Publicaciones, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 101.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Cfr. D. BISHOP, *Foreign Investment Disputes...*, op. cit., p. 1012.

actúe de manera consistente, libre de ambigüedades y totalmente transparente, para que pueda conocer de antemano cualquier regla o regulación sobre sus inversiones, así como las metas de las políticas relevantes y prácticas administrativas, para ser capaz de planificar sus inversiones según tales regulaciones.¹⁴⁶

En el caso *Occidental Exploration and Production Company vs. La República del Ecuador*, a pesar de que el trato justo y equitativo no estaba definido en el Tratado, en el preámbulo claramente se reconocía el acuerdo de las partes que tal trato es “deseable en razón de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización efectiva de los recursos económicos”¹⁴⁷. La estabilidad del marco legal y corporativo es un elemento esencial para el trato justo y equitativo. El tribunal mantuvo que el Estado había irrespetado su obligación de acuerdo al trato justo y equitativo, bajo el Art. II (3) (a) del Tratado, el cual provee que en ningún caso la inversión puede recibir un trato menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional¹⁴⁸. Esto significa que el Trato mínimo justo y equitativo debe ser igual al trato requerido bajo el Derecho Internacional.

4.2. La no Discriminación

El trato discriminatorio se presenta cuando se establecen tratamientos diferenciales entre los nacionales del Estado contratante y los extranjeros, o entre diferentes grupos de extranjeros¹⁴⁹. Es generalmente reconocido que el Derecho Internacional requiere que los Estados se abstengan del tratamiento discriminatorio a extranjeros. El trato diferencial entre nacionales y extranjeros no infringe los estándares de derecho Internacional. Asimismo, incluso diferenciaciones injustificadas no necesariamente propenden a un reclamo. Para que un acto se constituya como discriminatorio, en el sentido de ser prohibido por el Derecho Internacional, dos condiciones deben configurarse. Primero, la medida debe tener como resultado en un

¹⁴⁶ Ibid. p. 1016.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, Final Award of July 1, 2004, in Case No. UN 3467.

¹⁴⁹ Cfr. P. DE LOMBAERDE: *La Inversión Extranjera* ..., op. cit., p. 104.

daño actual al inversionista extranjero. Segundo, el acto debe ser realizado con la intención de causar un perjuicio al inversionista extranjero. En estos términos, la discriminación ocurre si por ejemplo la medida es directamente efectuada en contra de un extranjero, tomando en cuenta su nacionalidad y si tiene como resultado un perjuicio a sus intereses legítimos¹⁵⁰.

Una conducta discriminatoria en contra de un inversionista extranjero es arbitraria cuando es diferente al trato de los nacionales, sin tener una base razonable para la diferencia. La discriminación implica una distinción irracional. Las distinciones son legítimas si persiguen un objetivo justificable, y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo a realizarse y los medios empleados. El Derecho Internacional impone el deber al Estado de ejecutar los derechos de buena fe. Sí el Estado tiene el estricto derecho de actuar en determinadas circunstancias, no puede ejecutar este derecho de tal manera que constituya un abuso del mismo. Debe ser puesto a cabo de buena fe y mediante un sentido de responsabilidad, con razones legítimas para no actuar arbitraria o caprichosamente¹⁵¹.

En el Derecho Internacional el principio de igualdad es comúnmente expresado de forma negativa como no discriminatorio. El sentido común dicta una filosofía altruista en la cual la noción de trato diferencial o justificable en ciertos campos es permitido. El Profesor SCHACHTER argumenta que:

“Desde la época de Platón, se ha sugerido que igualdad entre iguales, puede ser in equitativa y que el trato diferencial puede ser esencial para una igualdad real”¹⁵².

La Corte Europea de Derechos Humanos estableció que “ciertas desigualdades tienden solamente a corregir desigualdades reales”¹⁵³. En tal sentido las prohibiciones en contra de la discriminación, para ser efectiva, debe asegurar la ausencia de discriminación en la realidad así como en la ley. La Corte Internacional de Justicia Permanente señala que: “igualdad ante la ley propende discriminación de

¹⁵⁰ Cfr. D. BISHOP, *Foreign Investment Disputes...*, op. cit., p. 1094.

¹⁵¹ Cfr. D. BISHOP, *Foreign Investment Disputes...*, op. cit., p. 1093.

¹⁵² *Ibid*, p. 1090.

¹⁵³ *Ibid*.

cualquier clase y que igualdad de hecho puede envolver la necesidad de un trato diferencial para obtener un resultado que establezca equilibrio entre situaciones diferentes”¹⁵⁴.

El trato diferente de situaciones no comparables no lleva automáticamente a la conclusión de que existe discriminación. En otras palabras, igualdad absoluta no es requerida por el Derecho Internacional, no obstante, en el caso de nacionales y extranjeros existirá discriminación si el Estado toma una medida discriminatoria en situaciones análogas.

4.3. Trato Nacional

El principio del Trato Nacional (TN) está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por el Tratado que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En ese orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio de TN deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales¹⁵⁵.

Según SORNARAJAH, sí el principio de TN es aceptado, la protección a los inversionistas extranjeros será mínima, como un precepto legal aplicable a todos los habitantes de un Estado, que afectará la propiedad ya concebida uniformemente, sin tomar en cuenta la nacionalidad. Según el autor esto dejaría a los extranjeros sin ningún remedio a través del Derecho Internacional. Los Estados exportadores de capital han rechazado este enfoque, aduciendo que se debe acordar un estándar mínimo de tratamiento a los extranjeros. El reconocimiento de este estándar mínimo de tratamiento permitirá un escrutinio internacional a los Estados, según el trato que otorguen a los inversionistas extranjeros¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Ibid, p. 1091.

¹⁵⁵ Opinión de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁵⁶ Cfr. SORNARAJAH, M, *The International ...*, op. cit., p. 234.

Sin embargo, en el pasado cuando el TN era rechazado porque tal tratamiento se constituía, en el caso de algunos países, menor al estándar mínimo contenido por los países exportadores de capital. En la actualidad, el TN puede tener sus ventajas puesto que muchos Estados se reservan ciertos sectores económicos solamente para los nacionales. Adicionalmente, el TN es reconocido como un derecho de gran importancia, ya que otorga al inversionista el derecho de establecerse en el Estado anfitrión. Conceder este principio puede conferir ventajas a los inversionistas, así como los mismos privilegios que gozan los nacionales. Por estas razones, existe una tendencia creciente entre los países desarrollados de apoyar el TN como un estándar relevante, para así poder aproximarse al problema de la responsabilidad internacional en la base de discriminación, como resultado del fracaso del Estado anfitrión al no proveer TN a los inversionistas extranjeros¹⁵⁷.

4.4. Trato de Nación Más Favorecida

Es comúnmente aceptado que la cláusula de Trato de Nación más Favorecida (TNF) debe ser reforzado, como un asunto de las políticas públicas, para poder crear relaciones entre los Estados sobre una base amistosa. La cláusula TNF juega un rol sustancial en el Derecho Comercial Internacional. En principio es fácilmente entendida de la siguiente forma: “cuando existe un convenio de protección de las inversiones, si una de las partes contratantes ha hecho un acuerdo con una tercera parte (en un convenio con la tercera parte), el cual favorece a los nacionales de la tercera parte sobre otros, estos pueden reclamar los beneficios adicionales provistos bajo el convenio de la tercera parte”¹⁵⁸.

Los TBI's prevén que el TNF como el de TN se aplicará al inversionista y a todas las actividades ligadas a las inversiones. Existe una notoria diferenciación entre la inclusión de una y otra opción entre los países inversionistas y aquellos que son receptores de capital. Un estudio realizado por Naciones Unidas establece que

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Cfr. R. DOLZER Y T. MYERS: “After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Washington D.C., Volume 19, Number 1, Spring 2004, p. 50.

algunos países muestran una preferencia por la cláusula del Tratamiento Nacional (Francia y Alemania) mientras que otros se inclinan por el Tratamiento de Nación más Favorecida (Suecia y Bélgica). Los Estados Unidos por el contrario, incluyen una cláusula que prohíbe subordinar a condiciones de éxito la entrada, expansión o mantenimiento de las inversiones. A su vez DOLZERY STEVENS afirman que la cláusula de TNF es preferida por los países en desarrollo cuando negocian sus TBI's, con el ánimo de poder controlar sus economías domésticas¹⁵⁹.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso entre Estados Unidos y Marruecos en 1952 estableció lo siguiente:

“La cláusula de TNF tiene por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados, la igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable, nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula nacional”¹⁶⁰.

5. Jurisprudencia Internacional Sobre Expropiaciones

5.1. Caso Metalclad Corporation vs. Los Estados Unidos Mexicanos

Antecedentes:

En 1990 el gobierno federal de México autorizó a COTERIN la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos en La Pedrera,

¹⁵⁹ Cfr. P. DE LOMBAERDE: *La Inversión Extranjera ...*, op. cit., p. 102.

¹⁶⁰ Ibid.

valle localizado en Guadalcázar, San Luís de Potosí. El 23 de enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología INE”, otorgó el permiso federal correspondiente. Tres meses después del otorgamiento del permiso federal de construcción, Metalclad concluyó un contrato de opción a 6 meses para la compra de COTERIN y de sus permisos, con el fin de construir el confinamiento de residuos peligrosos. Un poco después, el 11 de mayo de 1993, el gobierno de SLP otorgó a COTERIN un permiso estatal de uso del suelo para la construcción del confinamiento. El permiso se otorgó sujeto a la condición de que el proyecto se adaptara a las especificaciones y requerimientos técnicos indicados por las autoridades correspondientes, y se adjuntó la Declaración General de que la licencia no prejuzgaba los derechos o propiedad del solicitante y no autorizaba trabajos, construcciones o el funcionamiento del negocio o actividades.

El Presidente del INE y el Director General de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología de México le dijeron a Metalclad que todos los permisos necesarios para la operación del confinamiento se habían otorgado, a excepción del permiso federal de operación del confinamiento. Posteriormente, el INE otorgó a COTERIN dicho permiso y el 10 de septiembre de 1993, Metalclad compró COTERIN, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos. Después de estos acontecimientos, el Gobernador de SLP emprendió una campaña pública para denunciar e impedir la operación del confinamiento. Fue así como en mayo de 1994, después de haber recibido del INE una prórroga por dieciocho meses del permiso federal de construcción anterior, Metalclad empezó la construcción del confinamiento.

La construcción se continuó abiertamente y sin interrupción hasta octubre de 1994. El 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción, cuando el Municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción. Metalclad dijo que los funcionarios federales le aseguraron que el Municipio le otorgaría obviamente el permiso y que el Municipio no tenía fundamento alguno para negar el permiso de construcción. México negó que algún

funcionario federal hubiese manifestado que el permiso municipal no se requería, y firmemente declaró que se requería un permiso y que Metalclad sabía, o debía saberlo.

El 15 de noviembre de 1994, Metalclad reanudó la construcción y presentó una solicitud para un permiso municipal de construcción. En febrero de 1995, la Universidad Autónoma de SLP entregó un estudio confirmando sus conclusiones anteriores, que señalaban que a pesar de que el sitio de confinamiento suscitaba algunas preocupaciones, con la ingeniería adecuada, era geográficamente adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos. En marzo de 1995, la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente de México, realizó una auditoria del sitio y también concluyó que, con la ingeniería y operación apropiada, el sitio de confinamiento era geográficamente adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos.

Metalclad terminó la construcción del confinamiento en marzo de 1995. El 10 de marzo de 1995, celebró un “evento de puertas abiertas” o inauguración del confinamiento, al cual asistieron numerosos dignatarios de los Estados Unidos y de los gobiernos federales, estatales y locales de México. No obstante, manifestantes impidieron la “inauguración”, bloquearon la entrada y salida de autobuses que conducían a los invitados y trabajadores. La Corporación advirtió que los gobiernos estatal y local organizaron, al menos en parte, la manifestación, y que tropas ayudaron bloqueando el tráfico para entrar y salir del sitio. A partir de entonces se impidió de manera efectiva a Metalclad la apertura del confinamiento.

El 25 de noviembre de 1995, después de meses de negociación, Metalclad y México, a través de dos organismos independientes de la SEMARNAP, concluyeron un convenio que establecía y permitía la operación del confinamiento. El Convenio establecía que se llevaría a cabo una auditoria ambiental del sitio de diciembre de 1994 a marzo de 1995, para verificar que el proyecto hubiese cumplido con las leyes y reglamentos. Posteriormente, como la auditoria detectó ciertas deficiencias, se requirió a Metalclad presentar un plan de acción para corregirlas el mismo que fue

presentado. A su vez, el Convenio establecía un periodo de cinco años de operación del confinamiento, renovable por el INE y la PROFEPA.

El 5 de diciembre de 1995, trece meses después de que Metalclad presentó su solicitud para el permiso municipal de construcción, la solicitud fue denegada. Al hacer esto, el Municipio mencionó su decisión de negar un permiso de construcción a COTERIN en octubre de 1991 y enero de 1992 e hizo notar lo “inapropiado” de la construcción del confinamiento de Metalclad sin la obtención previa del permiso municipal de construcción. Metalclad subrayó que no existía prueba de que hubiese incumplido con alguna obligación legal, ni algo que demostrara que había violado los términos de algún permiso federal o estatal, que no existía prueba que el Municipio consideró los informes ambientales recién concluidos los que indicaban que el sitio era adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos y que no existía prueba de que la construcción del sitio no cumpliera con algún requerimiento específico de construcción.

México afirma que Metalclad estaba enterada, en virtud de la auditoria legal, que un permiso municipal podía ser necesario con base en el caso de COTERIN (1991, 1992) y otros precedentes anteriores de varios proyectos en SLP. No se le notificó a Metalclad de la reunión del Ayuntamiento en dónde se discutió y denegó su solicitud para el permiso, ni se dio oportunidad a Metalclad de participar en ese proceso. La solicitud de Metalclad para reconsiderar la negativa relativa al permiso fue rechazada. En diciembre de 1995, poco después de que el Municipio rechazara la solicitud de Metalclad para el permiso, el Municipio presentó un recurso administrativo ante la SEMARNAP en contra del Convenio. La SEMARNAP desechó el recurso del Municipio. El 31 de enero de 1996, el Municipio presentó un amparo en los tribunales mexicanos en contra de la resolución de la SEMARNAP que había desechado su recurso administrativo. Se otorgó la suspensión provisional y se prohibió a Metalclad la operación del confinamiento de residuos peligrosos. El amparo finalmente se desechó y se levantó la suspensión provisional en mayo de 1999.

De mayo de 1996 a diciembre de 1996, Metalclad y el Estado de SLP intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento. Estos esfuerzos fracasaron y, el 2 de enero de 1997, Metalclad inició el procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de México al amparo del Capítulo Once del TLCAN. El 23 de septiembre de 1997, el Gobernador, tres días antes de que terminara su período de gobierno, emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único. El Área Natural abarcaba el área del confinamiento. La Corporación se basa en parte en este Decreto Ecológico como un elemento adicional a su reclamación, sosteniendo que el Decreto efectiva y permanentemente precluye la operación del confinamiento. A su vez alegó, con base en los informes de los medios de comunicación mexicanos, que el Gobernador de SLP declaró que el Decreto Ecológico “cancelaría definitivamente cualquier posibilidad que existe de abrir el confinamiento industrial de desechos de La Pedrera”.

Metalclad también declaró que, refiriéndose al Decreto Ecológico y a lo dicho por los medios de comunicación mexicanos, un funcionario de alto rango de SLP “expresó confianza en cerrar de esta forma, toda posibilidad para la firma Metalclad de los Estados Unidos para operar esta área de confinamiento, independientemente de lo que suceda en su demanda ante los tribunales arbitrales del TLCAN.” México también sostiene que cualquier consideración relativa al Decreto Ecológico está fuera de la competencia del Tribunal puesto que el Decreto se dictó después de la Notificación de la intención de sometimiento a arbitraje.

Análisis sobre la Expropiación:

El artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado y de acuerdo con su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado. Conjuntamente con el contexto debe tenerse en cuenta cualquier regla pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones

entre las partes. Un Estado parte a un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Las Partes en el TLCAN específicamente acordaron “asegurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión.” El TLCAN además exige que “[c]ada una de las Partes se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado se publiquen a la brevedad o se pongan a disposición para conocimiento de las personas o Partes interesadas.”

Metalclad sostuvo que México, a través de sus gobiernos locales de SLP y Guadalcázar, interfirió con la construcción del confinamiento de desechos peligrosos e impidió la operación por parte de Metalclad del confinamiento. Tal interferencia se constituía como una violación de los artículos 1105 y 1110 del Capítulo Once de las disposiciones sobre inversión del TLCAN. El artículo 1105(1) del TLCAN dispone que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Por las razones abajo expuestas, el Tribunal consideró que no se le otorgó a la inversión de Metalclad un trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional, y que México violó el artículo 1105(1) del TLCAN.

Metalclad adquirió COTERIN con el único propósito de desarrollar y operar un confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en Guadalcázar, SLP. El Gobierno de México otorgó, antes de que Metalclad comprara COTERIN, permisos federales de construcción y operación para el confinamiento y el Gobierno de SLP igualmente otorgó un mencionado permiso de operación que implicó su apoyo político para el proyecto de confinamiento.

El artículo 1114 del TLCAN, permite que una Parte se asegure que las inversiones se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del

negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN. Más aún, los actos del Estado y del Municipio y por lo tanto actos de México, incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (tales como los requerimientos establecidos para el permiso del Municipio) no justifican el incumplimiento de una obligación de un tratado. (Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

El artículo 1110 del TLCAN establece que “[n]inguna de las Partes podrá directamente o indirectamente ... expropiar una inversión ... o adoptar una medida equivalente ... a una expropiación ... salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización ...”. “Una medida” se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal sostuvo equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de

Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.

El Tribunal sostiene que la autoridad exclusiva para establecer y permitir un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal mexicano. Esta decisión es consistente con el testimonio del Secretario de la SEMARNAP. El Municipio negó el permiso local de construcción, en parte, por la percepción adversa del Municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior, el Municipio actuó fuera de su autoridad.

Como se indicó anteriormente, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento. Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta.

Aunque no es estrictamente necesario para su conclusión, el Tribunal consideró el Decreto Ecológico dictado por el Gobernador de SLP, como un fundamento más para su decisión respecto a la expropiación. Este Decreto tuvo como efecto el impedir para siempre la operación del confinamiento. El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.

En conclusión, el Tribunal sostiene que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN.

6. Análisis de la Disputa entre la República del Ecuador y la Occidental Exploration and Production Company (Oxy), debido a la Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación

Antecedentes:

El 21 de mayo de 1999 Petroecuador y la Occidental Exploration and Production Company (Oxy) firmaron un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque. El Procurador solicitó el 24 de agosto del 2004 al Ministro de Energía Minas, que declare su caducidad acorde con lo previsto por la Ley de Hidrocarburos y en el contrato mismo.

El Ministro de Energía y Minas, el 8 de septiembre del 2004, solicitó al Presidente Ejecutivo de Petroecuador que inicie el trámite de caducidad previsto en la cláusula 21.2 y siguientes del contrato, y en los numerales 11, 12 y 13 del Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos, por infracciones cometidas por el contratista. Petroecuador notificó a la Oxy el reclamo de los incumplimientos alegados por el Procurador General del Estado el 15 de septiembre del 2004. La Oxy contestó el 24 de septiembre del 2004 expresando una negativa a todas las afirmaciones, puesto que según ellos habían cumplido con todas las obligaciones y no existía razón alguna para declarar la caducidad del contrato.

El 2 de agosto del 2005 el Presidente Ejecutivo de Petroecuador expresó que, después de haber creado una comisión con funcionarios de la institución para que analicen las alegaciones de la Oxy, debido a que no se pudo desvirtuar lo afirmado por el Procurador, solicitó la caducidad del Contrato y de los Convenios de Operación Unificada en los campos Edén-Yuturi y Limoncocha, conforme a los artículos 74, 75, 76 y 77 de la Ley de Hidrocarburos. El Ministro de Energía y Minas

avocó conocimiento y le notificó al contratista el plazo de 60 días para que cumpla las obligaciones no atendidas o para que desvanezca los cargos formulados en su contra.

La Oxy contestó señalando lo siguiente:

- El Ministro debe ejercer su autoridad discrecional de manera que asegure que su decisión beneficia los intereses nacionales.
- No existe fundamento para la declaratoria de la caducidad.
- El derecho ecuatoriano impide la declaratoria de la caducidad cuando dicha sanción es evidentemente desproporcionada a las supuestas infracciones.
- Una declaratoria de caducidad de los contratos del bloque 15 provocaría la violación del principio constitucional de no discriminación.
- Los principios del derecho ecuatoriano, la buena fe y las expectativas legítimas impiden la declaratoria de caducidad.
- La sanción de caducidad establecida en los artículos 74 a 76 de la Ley de Hidrocarburos es inconstitucional per se y su aplicación también.
- Una declaratoria de caducidad violaría las obligaciones del Ecuador bajo el Derecho Internacional.
- La Oxy se reserva el derecho a corregir cualquier incumplimiento demostrado.

Se consideró que el proceso administrativo había respetado todos los preceptos legales y de conformidad a ello, el Ministro de Energía y Minas conforme a lo dispuesto en el Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos, en relación a los artículos 1, 2, 4, 84 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva se declara competente de conocer la causa.

El Procurador estableció que el 1 de noviembre del 2000, la Occidental Exploration and Production Company transfirió el 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15 a favor de City Investing Company Limited (City) sin tener la autorización del Ministro de Energía y Minas, conforme a lo que manda el

Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos y el contrato mismo. Esto se configura como una causal de caducidad.

A su vez, la Oxy fue reiterativa y recurrentemente sujeta a multas por parte de la Dirección Nacional de Hidrocarburos por infracciones a la Ley de Hidrocarburos, al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas y al Contrato de Participación. Las multas se dieron por haberse apartado en seis ocasiones de las tasas máximas de producción autorizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos. Esto podía ocasionar que los pozos explotados se pierdan, lo cual estaba prohibido por la cláusulas 6.8. del Contrato.

No se notificó la perforación de pozos infringiendo los artículos 18 y 19 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas. A su vez no se entregó en catorce ocasiones el reporte final de operaciones de perforación previsto en el Art. 25 del Reglamento anteriormente nombrado.

Entre otros incumplimientos se encuentran:

- No entregar la codificación del movimiento de crudo
- No haber entregado los estados financieros e inventario a la Dirección Nacional de Hidrocarburos.
- Incumplimiento de la regulación de la entrega de petróleo al Sote.
- No haber pagado los derechos de control.
- No entregar información del plan quinquenal previsto en el contrato y en la Ley de Hidrocarburos.

Estos antecedentes constituyeron la motivación para declarar la caducidad conforme al Art. 74 numeral 13 y Art. 77 de la Ley de Hidrocarburos.

La Oxy para desvirtuar los argumentos presentados señaló que para la transferencia del 40% del “interés económico” derivado del contrato, según la cláusula 5.3.2., no era necesaria la autorización del Ministro de Energía y Minas, puesto que el contratista puede disponer libremente del volumen de su participación. Argumentó que al no haber existido la autorización, nunca se dio la cesión de derechos. La compañía argumentó que esperaba adquirir los permisos

correspondientes para ceder a título legal el 40% de las obligaciones y derechos relativos al contrato de participación.

Según el Procurador, el Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos no hace diferencia entre “interés económico” y “título legal”, ya que expresamente señala lo siguiente: “La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no procede autorización del Ministro del Ramo, sin perjuicio de la caducidad según lo previsto en la presente ley”. Aquí se argumenta que hubo una transferencia de derechos provenientes de la producción de petróleo que el contrato de participación permite sin necesidad de suscribir acuerdos privados: Farmout Agreement y Joint Operation Agreement. Se establece que mediante la firma de estos convenios la Oxy demostró su intención de ceder los derechos y obligaciones, por lo cual no se desvirtúa la causal de caducidad del Art. 74 numeral 11 de la Ley de Hidrocarburos que establece que: “El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos si el contratista... 11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio”.

Según el Farmout Agreement, City Investing Company Ltda. adquirió de la Oxy el 40% de la “propiedad del interés económico”, que comprende:

- Los contratos participativos, los derechos e intereses ahí otorgados, así como las obligaciones que incluyen los gastos de capital y apoyo de la sede y la oficina en Quito.
- Pozos, equipos, tuberías auxiliares, instalaciones y bienes muebles ubicados en el bloque 15.
- Toda la información relacionada al bloque 15.
- Los arrendamientos, licencias, derechos de paso, servidumbres.
- Los derechos y obligaciones de los contratos suscritos después de haber firmado el convenio privado.

El último literal es entendido por el Estado como una intención clara de traspasar a City Investing Company Ltda. ahora conocida como AEC Ecuador Ltda.

los bienes, derechos y obligaciones originados en el Contrato de Participación así como en los Convenios de Operación Unificada de los Campos Edén-Yuturi y Limoncocha. Es aquí que se incurre en la causal de caducidad señalada por el Art. 74 num. 11 de la Ley de Hidrocarburos.

En una comunicación al Ministro de Energía y Minas realizada el 25 de octubre del 2000, la Oxy expresaba que: en la reunión mantenida el 24 de octubre habían podido manifestarle la inminente transacción mediante la cual la Oxy intentaba ceder a City el 40% de sus intereses económicos en el Contrato de Participación, la que incluiría los derechos de la Oxy sobre los Convenios Operacionales de los Campos Edén-Yuturi y Limoncocha. A su vez establece que tal cesión se realizará a título legal, siempre que el Gobierno del Ecuador lo apruebe. El Ministro respondió el 17 de enero del 2001 diciendo que en el Decreto Ejecutivo en el que se expide el Reglamento al Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos, en su artículo I estipula que “la transferencia total o parcial de los derechos y obligaciones derivados de un contrato, podrán cederse a favor de terceros, previa la autorización del Ministro del Ramo, caso contrario será nula y dará origen a la caducidad del contrato”.

De esto se concluye que el Ministro advierte a la Oxy sobre el requerimiento legal por parte del Estado. A su vez se aduce que según la información entregada por el contratista, el 19 de octubre del 2000 ya se había suscrito el Farmout Agreement como el Joint Operation Agreement, con fecha de vigencia octubre 1 del 2000, por lo que la comunicación fue extemporánea.

El 24 de septiembre del 2004 la Oxy manifestó que se había producido el silencio administrativo sobre su comunicación a la que considera como su petición para que se autorice la cesión de derechos y obligaciones. Este argumento no es válido para el Estado puesto que dicha comunicación solamente establece la intención a futuro de ceder los derechos y obligaciones a City, por lo cual carece de sustento para declarar el silencio administrativo. Además, agregan el criterio del Procurador expresado el 1 de septiembre de 1998 en el que se manifiesta que en los contratos administrativos no procede el silencio administrativo, ya que implicaría una

aprobación tácita de una petición cualquiera contraviniendo el Art. 1538 del Código Civil.

La Oxy invocó el principio de proporcionalidad, señalando que la cesión de sus intereses económicos no ha causado perjuicio al Estado ecuatoriano, mientras que la posible declaratoria de caducidad produciría enormes perjuicios al inversionista. El Estado respondió aduciendo que esto no desvirtúa la causal de caducidad por los motivos anteriormente planteados.

El 14 de marzo del 2006, hace diferentes alegaciones, estableciendo que: La definición de interés farmout – el interés económico del 40% adquirido por Oxy en la fecha efectiva – deja en claro que a la fecha no ha transferido nada más que un interés económico en su participación en la producción de los contratos del Bloque 15. El Procurador señala que con esta declaración y otras similares, la Oxy ha querido dar un valor interpretativo diferente a sus estipulaciones, asignándole un efecto limitado.

La Oxy argumentó que entre el 2000 y el 2004 invirtió 900 millones en el Bloque 15 y ha pagado más de 404 millones en impuesto y otros pagos al gobierno. Además, señaló que no reincidió en infracciones que justifiquen la declaratoria de caducidad y que tales infracciones, son en su gran mayoría, relacionadas al campo Edén-Yuturi que operaba conjuntamente con Petroproducción. El inversionista extranjero adujo que el Farmout Agreement no perjudica al Estado y que la declaratoria de caducidad los afecta de una forma insuperable. A su vez estableció que la medida sería desproporcional, puesto que varias de las infracciones habían sido subsanadas o remediadas mediante el pago de multas. Agregó a su defensa que nunca se excedió en las tasas de producción aplicables al campo, por el contrato de participación y que en el caso de los campos Limoncocha y Edén Yaturi las tasas de producción habían sido aprobadas por la DNH.

De reconocer lo contrario estarían sancionando dos veces por las mismas infracciones, lo que se encuentra prohibido por el Art. 24, numeral 16 de la Constitución. (“nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa”). El

Procurador estableció que el precepto constitucional no puede ser invocado, porque no se trata de una doble sanción sino de la recurrencia en los actos.

El perito identificó dos fases en el acuerdo Farmout:

1. City haría una serie de pagos a la Oxy para el desarrollo del Bloque 15. y
2. A cambio City recibiría el 40% de la participación del petróleo de la Oxy en el Bloque 15.

El Art. 5.3.2. del contrato señala el derecho incondicional de vender petróleo a quien desee. Pero en la segunda fase, la Oxy acordó que cedería a City el título legal relacionado con tal interés, pero sólo después de que se cumplan dos importantes condiciones suspensivas:

- i. City tenía que cumplir sus obligaciones de ganancia afectando todas las contribuciones de capital requeridas
- ii. Que el gobierno tenía que autorizar tal transferencia del título legal.

El concepto de condicionar la autorización gubernamental para la transferencia del título legal al cumplimiento de las obligaciones financieras se ve reflejado en el modelo internacional de Farmout Agreement.

En la actualidad, la Oxy realizó la solicitud de arbitraje ante el CIADI en contra del Ecuador, debido a la caducidad del contrato de participación.

Análisis del caso:

La Comisión creada con funcionarios de Petroecuador para desvirtuar los argumentos de caducidad podría considerarse como parcializada e ineficaz. No se puede considerar legal que quienes estén involucrados sean juez y parte en el proceso, tal es el caso del Ministro de Energía y Minas, quien debía otorgar la autorización para que la Oxy pueda suscribir el Farmout Agreement, así como declarar la caducidad por la falta de dicha autorización.

El Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos referente a las causas de caducidad de los contratos, dentro del inciso primero establece que: El ministerio del ramo “podrá” declarar la caducidad de los contratos, sí el contratista:

- 11.- Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdos privados para la cesión de uno o más de sus derechos sin autorización del Ministerio.
- 12.- Integrar consorcio o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación o se retirare de ellos, sin la autorización del Ministerio; y
- 13.- Reincidiere en infracciones a la Ley y sus reglamentos....”

Al respecto, la Oxy señaló que se dio la transferencia del 40% del “interés económico” derivado del contrato, según la cláusula 5.3.2., la cual establece que no era necesaria la autorización del Ministro de Energía y Minas, puesto que el contratista puede disponer libremente del volumen de su participación. Asimismo, adujeron que esperaban adquirir los permisos correspondientes para ceder a “título legal” el 40% de las obligaciones y derechos relativos al contrato de participación. Sin embargo, manifestaron que se había producido el silencio administrativo sobre una comunicación enviada al Ministro de Energía y Minas, mediante la cual se planteaba su petición para la autorización de la cesión de derechos y obligaciones.

El Ministro adujo que en tal comunicación la Oxy explicaba su deseo de realizar a futuro los convenios privados, más no el requerimiento formal de una autorización para efectuarlos. Asimismo, señala que el silencio administrativo no tiene vigor sobre los contratos de participación, según lo que ha establecido el procurador. En este sentido considero que la Oxy, basándose en el supuesto silencio administrativo, tácitamente afirmó la existencia de los convenios privados sin haber tenido la autorización pertinente del Ministro.

Además, conforme al modelo internacional de Farmout Agreement, la autorización gubernamental para la transferencia del “título legal” al cumplimiento de las obligaciones financieras es un requisito para su existencia. La Oxy argumentó que no es lo mismo “título legal” que “interés económico”. El primero recoge los derechos y obligaciones provenientes del Contrato de Participación, mientras que el segundo solamente hace referencia a la participación correspondiente al inversionista, la cual se integra a su patrimonio y es de su libre disposición.

Pese a ello, si el Farmout Agreement disponía dentro de sí, derechos sobre los contratos participativos, así como las obligaciones que incluían los gastos de capital, el apoyo de la sede, los pozos, equipos, tuberías auxiliares, instalaciones y bienes muebles ubicados en el bloque 15, los arrendamientos, licencias, derechos de paso, servidumbres y por sobre todo los derechos y obligaciones de los contratos suscritos después de haber firmado el convenio privado, no se trataba solamente de un interés económico. Aquí se podría observar claramente que la intención del inversionista era otorgar un valor interpretativo diferente a sus estipulaciones, estableciendo que no hubo una cesión de derechos cuando si ocurrió.

Los convenios privados fueron firmados sin autorización el 1 de octubre del 2000, previamente a que se mande la comunicación al Ministro del Ramo, con la supuesta solicitud de autorización para firmar el convenio. En este sentido, la Oxy cometió la primera infracción señalada dentro del Art. 74 de la Ley de hidrocarburos, por la cual el Estado tiene toda la facultad de otorgar la caducidad.

Una inquietud que ha surgido dentro de este análisis se refiere a si la sanción de caducidad dada por la Ley de Hidrocarburos es constitucional “per se”, así como su aplicación. La Oxy señaló que la sanción no era proporcional ya que la suscripción de los convenios privados no afectaba al Estado, mientras que la caducidad terminaría con su inversión. Por este motivo podría ser calificada como discriminatoria y violatoria a las obligaciones internacionales que tiene el Ecuador, en función del TBI y demás acuerdos.

En este punto es donde se plantea si la medida regulatoria del Estado se enmarca dentro de los poderes de policía legalmente ejecutados o es expropiatoria. Si bien el Estado ejerce su facultad reguladora en función de su soberanía, por la cual tiene la capacidad de emitir la normativa necesaria, también en función de ella introduce dentro del ordenamiento jurídico instrumentos legales que deben ser respetados, tal es el caso de los TBI's. En relación a los antecedentes nombrados, se podría decir que ¿la declaratoria de caducidad remedia la situación dada por el incumplimiento del precepto legal instituido en la Ley de Hidrocarburos? Según la

doctrina del “sole effect”, el efecto de la medida dada por el gobierno destruye el valor económico de la inversión. Acorde con la doctrina del “propósito”, la caducidad no es legalmente utilizada porque la no remedia alguna situación en la cual se lesione al Estado y a sus intereses generales. Por último la doctrina de “proporcionalidad” señalaría que los efectos y el fondo de la medida no es equivalente al daño causado. Por todos estos motivos sería expropiatoria a los intereses del inversionista.

Sin embargo, hasta el momento no se verificó un daño al Estado, lo cual no quiere decir que en el futuro, el incumplimiento legal pueda acarrear perjuicios. Por ello concluyo que, debido a que la norma establecida en la Ley de Hidrocarburos señala que el ministerio del ramo “podrá” declarar la caducidad, era facultativo del Ministro ejecutarlo, cuando podía otorgar el permiso pertinente y adquirir los valores que le correspondían al Estado por cesión de derechos en un contrato debido a la alteración de la figura legal.

Los artículos 1, 2 y 14 del Reglamento para la transferencia o cesión de derechos y obligaciones de los contratos de Hidrocarburos prescribe que:

Art. 1.- “Los derechos y obligaciones derivados de los contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos u otras formas contractuales vigentes en la legislación ecuatoriana, podrán transferirse o cederse, total o parcialmente, a favor de terceros, previa la autorización correspondiente del ministerio del ramo; caso contrario dicha cesión o transferencia serán nulas y darán origen a la declaratoria de caducidad de conformidad con el Art. 74 de la ley de Hidrocarburos”.

Acorde con este artículo, solamente pueden cederse los derechos y obligaciones estipuladas en cualquier forma contractual vigente dentro de la legislación ecuatoriana, mediante la autorización del ministro del ramo. No obstante, el Farmout Agreement no es una forma contractual amparada dentro del marco jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, el Art. 14 señala que:

“La celebración de contratos o acuerdos privados que contravengan las disposiciones de la Ley y este Reglamento darán lugar a la declaratoria de caducidad contractual”.

En virtud de ello, la simple suscripción de acuerdos privados que vulneren el ordenamiento jurídico es causal de nulidad, tal y como se constituyen el farmout agreement y el joint operation agreement.

Con respecto al numeral 13 del Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos, referente a la reincidencia en las infracciones a la Ley y sus Reglamentos, la Oxy supuestamente se apartó en seis ocasiones de las tasas máximas de producción autorizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH). En su defensa señaló que nunca se excedió en las tasas de producción aplicables al campo por el contrato de participación y que en el caso de los campos Limoncocha y Edén Yaturi, las tasas de producción habían sido aprobadas por la DNH.

A su vez dijo que tales reincidencias no justificaban la declaratoria de caducidad, ya que en su gran mayoría estaban relacionadas al campo Edén-Yuturi, que operaba conjuntamente con Petroproducción. Argumentó que había pagado multas por las infracciones cometidas y que declarar la caducidad por este motivo sería violatorio al principio constitucional sobre el cual “nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa”. Este argumento no es válido, porque lo que se sanciona no es la infracción cometida, sino el desacato a la ley en reiteradas ocasiones. Si bien el daño cometido por las infracciones puede ser subsanado con una multa, no es posible considerar que será pasada por alto la reiterativa desobediencia a la norma jurídica vigente.

Si el Ecuador se basa solamente en este argumento como motivo suficiente para declarar la caducidad del contrato con la Oxy, no estaría expropiando indirectamente al inversionista, ya que una conducta reiterativa que produce efectos nocivos sobre los yacimientos, los cuales son recursos naturales pertenecientes a toda la nación, podría ser una justificación legal para impedir que se continúen

transgrediendo en función del interés general, de ser comprobado que tales faltas causaban un daño grave.

IV. CUADRO DE DEFINICIONES

1. Cuadro Comparativo entre los Tratados Bilaterales de Inversiones firmados por el Ecuador, el Tratado de Libre Comercio de Chile - Usa y el Tratado de Libre Comercio América del Norte “TLCAN” (North America Free Trade Agreement “NAFTA”).

(Ver Siguiete Página).

| | TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES RATIFICADOS POR EL ECUADOR, TLC CHILE - E.E.U.U. Y TLCAN |
|---|---|
| Cuba | No tiene una cláusula sobre expropiación |
| Bolivia | Esta cláusula no hace referencia a la capacidad del Estado de ejecutar medidas regulatorias no compensatorias en base a la protección del orden público y la moral, la salud pública y el medio ambiente, así como medidas tributarias. Utiliza la Fórmula Hull, sin tomar en cuenta que la amenaza de expropiación puede afectar al valor de la inversión. Establece es Tratamiento de Nación más Favorecida en determinadas circunstancias, con respecto al pago de una compensación. Se puede efectuar vía judicial la legalidad de la expropiación. |
| Chile, Rumania, Venezuela, Argentina, El Salvador, Finlandia, República Dominicana | Se establece un procedimiento judicial ordinario para examinar la legalidad de la expropiación y de la nacionalización. Esta cláusula no hace referencia a la capacidad del Estado de ejecutar medidas regulatorias no compensatorias en base a la protección del orden público y la moral, la salud pública y el medio ambiente, así como medidas tributarias. Utiliza la Fórmula Hull, sin tomar en cuenta que la amenaza de expropiación puede afectar al valor de la inversión. Establece es Tratamiento de Nación más Favorecida en determinadas circunstancias, con respecto al pago de una compensación. Se puede efectuar vía judicial la legalidad de la expropiación. |
| España | No establece que la nacionalización, expropiación o cualquier medida semejante debe realizarse observando las reglas del debido proceso. Esta cláusula no hace referencia a la capacidad del Estado de ejecutar medidas regulatorias no compensatorias en base a la protección del orden público y la moral, la salud pública y el medio ambiente, así como medidas tributarias. No utiliza la Fórmula Hull, sino la fórmula por la cual se otorga una compensación "adecuada" al inversionista. No prescribe Tratamiento de Nación más Favorecida como otros TBI's. No especifica de que forma se realizará la revisión de la legalidad de la expropiación. |
| Gran Bretaña | Esta cláusula establece de forma más clara la posibilidad de una expropiación indirecta y la capacidad del Estado a efectuar medidas regulatorias en función a las necesidades internas del país. La compensación se basa en la Fórmula Hull. La legitimidad de la expropiación así como el valor a compensar debido a la expropiación debe ser revisada por una autoridad judicial. Establece de qué forma se procederá en el caso de expropiación de los activos de una compañía domiciliada. |

| | |
|-----------------------|--|
| Estados Unidos | Establece los principios de Trato Nacional y de Nación más Favorecida. Se comprometen las partes a dar aviso de cualquier regulación que afecte a la inversión, antes de la puesta en vigor del Tratado. Las excepciones futuras no pueden ser excepciones en contra de las inversiones ya establecidas. Se estipula la capacidad de establecer empresas estatales, las cuales deben cumplir con las obligaciones pertinentes. Se establece específicamente la prohibición de expropiaciones directas o indirectas, así como la nacionalización, a menos que sea por utilidad pública, equitativamente, conforme el debido proceso y a través del pago de una compensación. Aplica la Fórmula Hull. Establece que la legalidad de la expropiación así como la compensación sea revisada por autoridades judiciales competentes, según los principios del Derecho Internacional. Establece un presupuesto específico con respecto a la expropiación en relación a la imposición Tributaria. No señala nada acerca de la capacidad del estado a establecer medidas regulatorias no compensatorias en función del orden público y la moral, la salud pública y el medio ambiente. |
| Canadá | Se establece un procedimiento judicial para examinar la legalidad de la expropiación y de la compensación. Esta cláusula no hace referencia a la capacidad del Estado de ejecutar medidas regulatorias no compensatorias en base a la protección del orden público y la moral, la salud pública y el medio ambiente, así como medidas tributarias. Utiliza la Fórmula Hull, <u>sin tomar en cuenta que la amenaza de expropiación puede afectar al valor de la inversión.</u> |
| China | Se estipula claramente que las inversiones no pueden ser expropiadas a menos que sea por utilidad pública, amparada por el debido proceso, de manera no discriminatoria y a cambio de una justa indemnización. Solamente se señala que la compensación debe ser pagada sin demoras. Se señala un plazo de seis meses para resolver un conflicto entre las partes, de lo contrario se podrá acudir a un Tribunal Ad-hoc (señala de que forma se conformará y procederá). Esto no podrá ser aplicado si el inversionista recurre a una corte nacional antes. El Tribunal debe fallar de acuerdo a la legislación de la parte contratante, las disposiciones del Convenio y los principios generales del derecho. A su vez no señala la capacidad del Estado a ejecutar medidas regulatorias no compensatorias en los casos nombrados con anterioridad. |
| Francia | Igual a Chile, Gran Bretaña, Venezuela y Argentina. Se suma el derecho de los inversionistas a ser indemnizados por pérdidas causadas en un Estado de emergencia nacional. |
| Perú | Establece la capacidad de expropiar o nacionalizar en caso de seguridad nacional, necesidad pública u orden social, de forma no discriminatoria y bajo el debido proceso. Aplica la Fórmula Hull. Determina la revisión legal de la expropiación así como de la compensación por medio de las autoridades competentes. |
| Suiza | Solamente establece que la expropiación o nacionalización se realizará por utilidad pública. El pago de la indemnización acorde con la Fórmula Hull. |

| | |
|----------------------|--|
| Alemania | La inversiones no pueden ser expropiadas o nacionalizadas a menos que sea por utilidad pública y mediante el pago de una indemnización. Adopta la Fórmula Hull. La legalidad de la expropiación o nacionalización, así como la compensación puede ser revisada mediante procedimiento judicial ordinario. Establece el principio de Trato de Nación más Favorecida dentro de las materias regladas por el Tratado y de Trato Nacional cuando exista una guerra o conflicto armado. |
| Suecia | Establece que no se pueden tomar medidas que despajen directa o indirectamente a una inversión, a menos que sea por interés público, bajo el debido proceso, mediante medidas claras y no discriminatorias, mediante compensación pronta, adecuada y efectiva. Se toma en cuenta en el pago de la compensación que si la expropiación ha sido conocida, puede afectar el valor a pagar. Establece un trato de nación más favorecida en la indemnización a pagar con respecto a cualquier conflicto armado. Lo nombrado se aplican también a las rentas de la inversión |
| Holanda | No se pueden tomar medidas de nacionalización o expropiación directa o indirecta, a menos que se cumplan con los presupuestos anteriormente nombrados. La compensación debe ser justa, efectiva para el demandante, sin demora. |
| Paraguay | No se permiten medidas de nacionalización o expropiación directa o indirecta a menos que se cumplan los presupuestos legales. Se establece el pago de una justa indemnización. También se señala que en función del pago de una indemnización por pérdidas en conflictos armados, se les otorga el TNF y TN a los inversionistas. |
| TLC Chile-USA | Se prohíbe la expropiación directa o indirectamente, así como la nacionalización de inversiones cubiertas, salvo que se cumplan los presupuestos nombrados. La indemnización debe ser pagada sin demora. Se establece el presupuesto de que el valor de la propiedad haya sido afectado por el conocimiento previo de la expropiación. Señala que debe pagarse el valor justo. Las disposiciones del artículo no se aplican a los derechos de propiedad intelectual conforme al ADPIC. |
| TLCAN o NAFTA | Señala que ninguna de las partes, directa o indirectamente puede nacionalizar o expropiar una inversión de la otra parte. También establece que no pueden tomarse medidas equivalentes a las nombradas. A menos que se cumplan los requisitos establecidos en todos los TBI's. La compensación debe tomar en cuenta el valor real del bien antes de ser expropiado o antes de que se conozca que iba a ser expropiado. Se aplica la Fórmula Hull. A su vez señala que el pago debe ser en una moneda perteneciente al Grupo de los Siete o equivalente a esta sin detrimento del valor. El pago debe ser libremente transferible. Lo estipulado en este artículo no se aplica a los derechos de propiedad intelectual. Señala que para los efectos del artículo y para mayor certeza una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo. |

2. Elementos Comunes

A continuación los elementos comunes relacionados a la expropiación en los TBI's firmados por el Ecuador, TLC Chile – USA y TLCAN:

- Ninguno provee el significado de expropiación directa e indirecta.
- La gran mayoría señala que no se pueden ejecutar medidas de nacionalización o expropiación, o medidas equivalentes.
- Todos señalan que solamente se podrá nacionalizar o expropiar por:
 1. Utilidad Pública
 2. De manera no discriminatoria
 3. Bajo el debido proceso
 4. Mediante el pago de una compensación.
- Se establece la Fórmula Hull para la compensación en casi todos los TBI's. (Pronta, adecuada y efectiva)
- Es planteada a su vez la revisión de legalidad de la expropiación y del valor a compensar, por vía judicial a través de la autoridad competente.
- Ningún TBI o TLC establece claramente la capacidad del Estado de ejecutar medidas no compensatorias en función del Orden Público y la Moral, la Salud Pública, el Medio Ambiente o por imposición Tributaria.
- La compensación comprende el valor real del bien antes de la expropiación.
- Se puede observar en muchos de los TBI's que se estipula dentro de la cláusula de expropiación el Trato de Nación más Favorecida y Trato Nacional, en función de la compensación a pagar por causas relacionadas a conflictos armados.
- La indemnización establecida en la mayor parte de los TBI's Y TLC's corresponde al valor justo de la inversión expropiada en el momento inmediatamente antes de hacer la expropiación. El valor justo está expresado en una divisa de libre conversión sobre la base del tipo de cambio del mercado

existente para dicha divisa en ese momento. La compensación incluye también los intereses a la tasa comercial del mercado vigente, desde la fecha de la expropiación hasta la fecha efectiva de pago.

- A su vez se señala que debe ser efectivamente realizable y libremente transferible.

3. Elementos Diferenciadores

A continuación los elementos diferenciadores relacionados a la expropiación en los TBI's firmados por el Ecuador, TLC Chile – USA y TLCAN:

- Únicamente Cuba no prescribe una cláusula de expropiación.
- En algunas cláusulas se introduce el supuesto de que el valor del bien expropiado puede disminuir por el conocimiento anticipado de que va a ser expropiado.
- La compensación a pagar no siempre se remite a la fórmula Hull. En el caso de España la compensación debe ser “adecuada” o según China y el TLC Chile-USA “pronta”.
- En ciertos TBI's se nombra la posibilidad de que se suscite una expropiación indirecta, pero no se da una noción de la misma.
- Muy pocos establecen que ocurre en el caso de expropiación de activos.
- Se puede observar insólitamente la cláusula en la cual el Estado se compromete a dar aviso previo de cualquier regulación que afecte la inversión.
- En control de la legalidad de la expropiación puede ser pactado mediante un análisis conforme con los principios de Derecho Internacional.
- En el caso de los Estados Unidos existe una disposición especial referente al tema tributario.
- El TBI firmado con China es característico, ya que impone una compensación sin demoras. Específicamente enuncia la capacidad de negociación entre las

partes por un lapso de 6 meses. Si éstas no llegaren a un acuerdo se debe conformar un Tribunal Ad-Hoc, siempre y cuando el inversionista no recurra a las cortes nacionales, ya que renunciaría al fuero internacional. En concreto, de forma inusual señala como deberá resolverse el conflicto suscitado entre las partes por expropiación.

- Solamente en el TBI con Perú se otorga la facultad de expropiar por necesidad pública, seguridad nacional u orden público.
- En otros TBI simplemente se señala que la expropiación se realizará al amparo de la utilidad pública del Estado.
- El TBI de Suecia enuncia que no pueden tomarse medidas que “despajen” directa o indirectamente una inversión. Esto es inusual porque no utiliza el término expropiación o nacionalización. Pero señala que la compensación se aplica también a las rentas provenientes de la inversión.
- Las cláusulas de los Tratados de Libre Comercio analizados, no comprenden dentro de la expropiación a la propiedad intelectual.
- Únicamente el TLCAN estipula que la indemnización debe ser con una moneda perteneciente al Grupo de los Siete.
- Señala que para los efectos del artículo y para mayor certeza una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

4. Concepto de Expropiación

Como se ha podido observar, la noción de expropiación ha causado grandes discusiones dentro del Derecho Internacional aplicado a las inversiones, más aún en los conflictos suscitados por las cláusulas establecidas en los TBI's o en los distintos Tratados de Libre Comercio. Este campo del derecho se encuentra en constante

construcción, lo que ocasiona que las reglas de juego no sean completamente claras y que las controversias se agraven día a día, para que ciertos actores en el campo se beneficien ilícitamente. Es por ello que es de nuestro menester establecer una base férrea en la cual los Estados enmarquen sus actuaciones y los inversionistas reciban una protección adecuada a sus inversiones.

La expropiación desde sus inicios se ha manifestado como una institución que nace de la controversia entre el sector público y el privado, para muchos una venta forzosa de la propiedad. Hoy en día, esta figura legal puede presentarse de variadas formas, debido a que el derecho ya no se limita únicamente a regir dentro del territorio de un Estado. Las actuaciones de los Estados trascienden y pueden afectar a actores que alguna vez no fueron tomados en consideración dentro su legislación. Es así que, con el avance del comercio dentro de un mundo globalizado, donde la cooperación es esencial para el desarrollo de una nación, nuevos conflictos aparecen en la esfera internacional y nuevos retos para quienes tienen la labor de construir el derecho.

Un aporte trascendental en esta construcción, que beneficiaría a los Estados así como a los inversionistas, sería una conceptualización clara y precisa de lo que implica la expropiación aplicada a las cláusulas que se introducen tanto en los TBI's como en los TLC's. De esta forma un Estado podrá suscribir un Tratado analizando concretamente lo que implica esta figura, en que situaciones incurre en violaciones legales y cuando sus actuaciones se enmarcan dentro del derecho. Por otro lado el inversionista podrá medir el riesgo que podrá sufrir su inversión, de que manera puede protegerse y cuales son los límites de sus actuaciones.

A continuación detallaré un concepto de expropiación indirecta, para el entendimiento en materia de inversiones:

- La expropiación indirecta es una actuación ilegítima efectuada por una autoridad de iure o de facto, mediante la cual se lesiona el derecho a la propiedad legalmente adquirido por un inversionista extranjero. Se suscita cuando dicha autoridad, emite una medida regulatoria que no se ampara dentro de los poderes de policía del Estado,

ya que es una actuación simulada, que tiene como finalidad apropiarse de los bienes de un inversionista sin compensarlo o en otras ocasiones acabar con el valor económico de la inversión al punto de convertirla en ineficaz, disminuyendo su valor y sin consignar una indemnización adecuada. En otras circunstancias puede ser efectuada a través de una expropiación progresiva, la cual se configura cuando existen actos emitidos por una autoridad, encubiertos por la presunción de legitimidad que poseen las actuaciones administrativas, pero que en realidad buscan acabar con la inversión. Estas actuaciones son discriminatorias no porque afecten solamente a un inversionista, ya que la nacionalización (que afecta a un sector económico) también puede ser concebida como expropiación indirecta, sino porque buscan despojar al inversionista extranjero del beneficio razonable de su inversión. Comprenden en definitiva una actuación de mala fe por parte del Estado, de manera permanente y trascendental sobre el derecho a la propiedad, ya que no se desenvuelve conforme a los estándares mínimos internacionales ni tomando en consideración las expectativas legítimas del inversionistas, debido a que no consigna una compensación. En los casos de expropiación, sea directa o indirecta, debe consignarse el pago de una compensación o indemnización, a menos que las actuaciones del Estado sean efectuadas bajo cuatro supuestos específicos:

1. El orden público y la moral.
2. La salud pública
3. El medio ambiente
4. La imposición tributaria

Todas ellas justificadas legalmente dentro de los poderes de policía del Estado y acorde con los principios generales del derecho internacional -.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho Internacional relacionado a expropiaciones indirectas, ha sido descrito como “inconcluso y difícil”, un área donde los vacíos legales persisten. El significado de expropiación indirecta y la protección otorgada por el derecho internacional al inversionista, en contra de las conductas expropiatorias puede ser llamado totalmente ambiguo. Sin embargo, el derecho internacional sobre expropiación provee de un estándar mínimo de protección, el mismo que orienta y beneficia a la actividad reguladora de los Estados, así como a los inversionistas que pretenden ejercer sus actividades en un lugar foráneo. Aunque su rol no consiste en alcanzar un máximo bienestar y un óptimo balance entre los intereses de un inversionista extranjero y el Estado, es de su competencia crear un marco legal admisible y ejecutable.

Para mantener una base normativa en la cual pueda asegurarse que los Estados no actúen arbitrariamente, permitiendo que determinen las políticas de compensación por medidas gubernamentales que interfieran con los derechos de propiedad, es

necesario un estándar mínimo que requiera de compensaciones en todos los casos en que la expropiación regulatoria no sea eficiente. El Estado anfitrión debe mantener una flexibilidad para alcanzar un bienestar público general, utilizando los mecanismos apropiados para que los poderes de policía no afecten significativamente y de manera ilícita a la inversión extranjera.

La incorporación de los distintos análisis sobre expropiación indirecta de algunos TBI's provee una guía práctica para los Tribunales, no obstante, esta nueva ola de enfoques como el "sole effect test", el "test del propósito" y el "test de proporcionalidad", no siempre resuelve la tensión entre la protección de la inversión y el ejercicio regulatorio de los poderes de policía.

Mientras la seguridad y la estabilidad son elementos esenciales para el inversionista, no debería ser el rol del derecho internacional obligar a los Estados, particularmente a los países en vías de desarrollo, a pagar compensaciones por transiciones regulatorias que fortalecen el desarrollo sustentable o protegen a los ciudadanos de un peligro mediante el uso de la propiedad. Requerir compensaciones por demandas de expropiaciones medioambientales, por ejemplo, cuando una Generadora Eléctrica de Carbón no es económicamente viable y se mantiene debido a leyes ambientales totalmente estrictas, podría llevar a una sobre inversión en actividades que causan daño ambiental.

En este contexto, DOLZER¹⁶¹ ha afirmado que la confianza sobre regímenes que refuerzan el subdesarrollo no merece ser protegida bajo el derecho internacional moderno. En los casos que caen dentro de esta categoría, el riesgo envuelto podría probablemente ser puesto nuevamente sobre el inversionista. Por ello, la noción de expropiación que se utilice dentro de los TBI's debe proveer una solución equiparable tanto a los intereses del Estado como a los del inversionista, para que no contribuya a que se sigan cometiendo injusticias. Si el Derecho Internacional aplicado a las inversiones es un pilar para la promoción del comercio internacional, en función de la cooperación mutua entre las partes, no se puede pretender que mediante las

¹⁶¹ Cfr. A. NEWCOMBE, "The Boundaries ...", op. cit., p. 46

regulaciones establecidas sobre el tema se instauren preferencias sobre los Estados o sobre los inversionistas, ya que su esencia se perdería.

La política exterior sobre inversiones debe constituirse como una fuente de crecimiento económico en los Estados, pero bajo presupuestos legales claros y efectivos, que no propendan a crear proteccionismo por un lado y arbitrariedades por otro. La propiedad debe ser protegida en todas sus formas y las transiciones que produce la constante actividad comercial de nuestras épocas no puede propiciar a que figuras como la expropiación indirecta, otorguen facultades arbitrarias a ciertas naciones o que las compañías extranjeras se aprovechen de instrumentos internacionales que no están completamente desarrollados por el derecho, para utilizarlos de manera contraria a su finalidad.

Por lo tanto, un concepto de expropiación que pueda ser utilizado a nivel internacional dentro de las cláusulas pertenecientes a los TBI's o para resolver las disputas entre los Estados y los Inversionistas deberá ser completamente definido, para evitar confusiones o actuaciones ilegales. La expropiación indirecta en strictu sensu es una actuación ilegítima, efectuada por una autoridad perteneciente al Estado, que a través de la aplicación injustificada de los poderes de policía, plasmados dentro de una medida regulatoria, lesiona el derecho a la propiedad legalmente adquirida por un inversionista extranjero.

Estas actuaciones buscan apropiarse de los bienes pertenecientes al inversionista sin compensarlo, o en otros casos acaban con el valor económico de la inversión, convirtiéndola en ineficaz e improductiva. La expropiación indirecta también puede ser ejecutada de manera progresiva, mediante la imposición de numerosas medidas regulatorias que paulatinamente despojan al inversionista de su inversión o la afectan gravemente haciéndola inservible. Estos actos realizados por autoridades administrativas son encubiertos bajo el presupuesto de legalidad, los mismos que deberían otorgar al inversionista una pronta, justa y adecuada indemnización.

Son en esencia discriminatorias a los inversionistas extranjeros, ya que lo privan del beneficio razonable de su inversión. Comprenden en definitiva una actuación de mala fe por parte del Estado, que afecta a la propiedad de manera permanente y trascendental. Es así como los Estado hacen caso omiso a los estándares mínimos internacionales aplicables y a las expectativas legítimas de los inversionistas, puesto que no consignan indemnización alguna por el daño ocasionado.

En los casos de expropiación, sea directa o indirecta, debe consignarse el pago de una compensación o indemnización que sea pronta, justa y adecuada, a menos que las actuaciones del Estado sean efectuadas bajo cuatro supuestos específicos:

- i. El orden público y la moral.
- ii. La salud pública
- iii. El medio ambiente
- iv. La imposición tributaria

Estas cuatro hipótesis deben fundamentarse bajo los poderes de policía y a su vez tendrán que ser puestas a cabo a través de medidas regulatorias que posean una base legal suficiente para justificar las actuaciones del Estado. Si bien el orden público y la moral han sido considerados como conceptos jurídicos indefinidos, la costumbre internacional ha marcado ciertas pautas para que los Estados puedan ejecutar actuaciones que no sean violatorias a los intereses de nacionales y extranjeros.

Debemos considerar que los instrumentos internacionales de cooperación, protección y garantía, como los TBI's y los TLC's, se encuentran incorporados a nuestra legislación por mandato constitucional, a través del ejercicio legítimo de la soberanía de los Estados. Por estos motivos, el Estado ecuatoriano no puede de manera unilateral, sustraerse de sus deberes libre y soberanamente adquiridos, cuando ha suscrito un TBI. De igual forma debe respetar los principios dados por el Derecho Internacional referentes a la no discriminación, tales como el Trato justo y Equitativo, el Trato Nacional y el Trato de Nación Más Favorecida.

En el mundo actual la economía se encuentra globalizada, dado que uno de los factores mas influyentes son las inversiones extranjeras directas que ejecutan las compañías transnacionales. Éstas ocupan un lugar trascendental en el surgimiento de los Estados, por lo cual es necesaria la participación continua del Ecuador en las relaciones económicas integracionistas. Debido a estas razones, las inversiones efectuadas por extranjeros en nuestro país no pueden tener un trato diferencial y discriminatorio que las menoscabe, y que a su vez ocasionen perjuicios a nuestra economía.

Sin embargo, debe ejecutarse un control constitucional previo a la suscripción de los Tratados, para que los mismos no contengan conceptos ambiguos que propicien a que los inversionistas demanden al Estado por cualquier tipo de actuación que ejecute en función de los poderes de policía. Es así como hemos podido observar que varias compañías extranjeras toman como pretexto a una medida regulatoria legalmente ejecutada por el Estado, para entablar demandas multimillonarias que afectan a la economía de los Estados que no son exportadores de capital.

En conclusión, la figura jurídica concerniente a la expropiación debe tener marco legal integral, que no permita a los Estados desempeñar actuaciones arbitrarias e ilegales. De igual manera, no deberá propender a que los inversionistas extranjeros utilicen a los TBI's como instrumentos proteccionistas que afecten a los Estados anfitriones y a sus intereses. Es necesario que el Derecho Internacional ampare a ambos de manera equitativa, para que no se propicien disputas en función de un concepto mal estructurado de expropiación. De esta manera, la cooperación en función de réditos económicos, que es el punto clave para entablar negocios entre los Estados y los inversionistas, cumplirá su fin y no será pretexto para adquirir beneficios injustificados en función de un TBI o de una medida regulatoria ilícita.

BIBLIOGRAFÍA:

AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND AND THE GOVERNMENT OF [...] FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS (excerpt from Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* 228 (1995)).

ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS, “Acuerdos Sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: Un Compendio”. <http://www.ftaa-alca.org/wgroups/wgin/spanish/bits1196.asp> [22 de enero del 2007]

ARROYO PICARD, A., “La Inversión Extranjera en los Tratados de Libre Comercio”. http://www.recalca.org.co/AAforoespejismo/alberto_arroyo_picard.htm [22 de enero del 2007]

BEVILLAQUA, NANA, “Los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones extranjeras en el Continente Americano como alternativa al ALCA”, http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=2200 [22 de enero del 2007]

BIGGS, GONZALO, “The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile – U.S. Free Trade Agreement”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 19, Number 1, Spring 2004.

BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, J. Y REISMAN, MICHAEL W., *Foreign Investment Disputes*, ICSID Report, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005.

BISHOP, R. DOAK, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, 2005.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Análisis de las Políticas de Inversión: Ecuador*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002.

CRITICS OF TLCAN’S INVESTMENT CHAPTER ON A PBS TELEVISION SHOW “TRADING DEMOCRACY”, hosted by Bill Moyers and aired on February 1, 2002. Transcript available at http://www.pbs.org/now/transcript/transcript_tdfull.html. [12 de marzo del 2007]

DE LOMBAERDE, PHILIPPE, *La Inversión Extranjera en Colombia: Régimen Jurídico y Análisis Económico*, Edición: Fondo de Publicaciones, Santa Fe de Bogotá, 1997.

DEL DUCA, PATRICK, “The Rule of Law: Mexico's Approach to Expropriation Disputes in the Face of Investment Globalization”, *Associate Dean for Academic Affairs*

and Professor of Law, Southwestern University School of Law, Los Angeles. A.B. 1980 University of California, Los Angeles; J.D. 1983 Harvard Law School, 51 UCLA L. Rev. 35 (2003). <http://www.uclalawreview.org/articles/archives/?view=51/1&detail=1> [22 de enero del 2007]

DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo*, Tomo IV, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1969.

DOLZER, R. Y MYERS, T., “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review Awards”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 19, Number 1, Spring 2004.

DOLZER, R. Y MYERS, T., “After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 19, Number 1, Spring 2004.

Dolzer, Rudolf, “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1986.

DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, 10ª Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

FAIRLIE, A. Y QUEIJA, S., “TLC Perú – Chile: Inversiones y Comercio Transfronterizo de Servicios”. http://www.puntodeequilibrio.com.pe/punto_equilibrio/01i.php?pantalla=noticia&id=15518&bolnum_key=20&serv_key=2100 [22 de enero del 2007]

FORTIER, L. YVES, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID REVIEW: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Volume 19, Number 2, Fall 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Thompson-Civitas, Tomo II.

GARNER, BRYAN A., *BLACK'S LAW DICTIONARY*, Eight Edition, Thomson West, United States of America, 2004.

GUZMÁN CARRASCO, GONZALO, “Indirect Expropriation in U.S. Free Trade Agreements: The U.S. Trade Act of 2002 and Beyond”, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2004.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES,
<http://www.worldbank.org/icsid/> [12 de marzo del 2007].

WORLD BANK GROUP, MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY
<http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1475>. [12 de marzo del 2007].

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Sexta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Sexta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Cours de Droit Administratif de Biens, Montcbrestien*, París, 2001.

MORELLO, AUGUSTO M., “Arbitraje Internacional. Superar Puntos Críticos y Contribuir a su Difusión”, *Roma e América. Diritto Romano Comunes, Rivista di Diritto Dell'integraziones e Unificaziones del Diritto in Europa e in América Latina*, Mucchi Editore, Roma, Julio 2000.

NEWCOMBE, ANDREW, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 20, Number 1, Spring 2005.

NOVOA MONTREAL, EDUARDO, *La Nacionalización en su Aspecto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1976.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR (SICE), *Diccionario de Términos de Inversiones*, http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp [12 de marzo del 2007].

PAULSSON, JAN, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.

PÉREZ GARCÍA, A., “Arbitraje y controversias en el marco del TLCAN”.
<http://www.prd.org.mx/ierd/coy125/apg1.htm> [22 de enero del 2007]

PERÚ FRENTE AL TLC, “TLC, Inversiones y Las Industrias Extractivas”.
<http://www.perufrentealtlc.com/files/20051102%20DEECHAVE%20TLC%20Inversiones%20e%20Industrias%20extractivas.doc>.

PILON, ROGER, “Protecting Private Property Rights from Regulatory Takings”
<http://www.cato.org/testimony/ct-pi210.html> [25 de enero del 2007]

PRIMER REGISTRO AUTENTICO NACIONAL (AÑO DE 1830). Imprenta de Gobierno, por Juan Campuzano. Quito, 1840.

ROBLEDO, JORGE E., “TLC, medicamentos y expropiación indirecta”.
<http://moir.org.co/indexanterior.php?idcategoria=17029&ts=76e650df836335d9e564f959e7e5121e&PHPSESSID=96d30c44c8f16a5f5da3969ae27d2149> [22 de enero del 2007]

RUIZ DIAZ, H., “Los tratados sobre promoción y protección de las inversiones y la República Bolivariana de Venezuela: los riesgos de hipotecar el desarrollo económico, la revolución bolivariana y la democracia participativa”.
http://www.cadtm.org/article.php3?id_article=1388 [22 de enero del 2007]

SACERDOTI, GEORGIO, Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review Awards, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 19, Number 1, Spring 2004

SAMPLINER, GARY H., “Arbitration of expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties – A Threat to Democracy or the Dog That Didn’t Bark?”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 18, Number 1, Spring 2003.

SOHN, LOUIS B. Y BAXTER, RICHARD, *The Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, 1961.

SORNARAJAH, M., *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, Second Edition, Reino Unido, 2005.

SPILLER, PABLO T., “Tratados Bilaterales de Protección al Inversor: ¿Costo o Beneficio?”, *Conferencias 2003 Argentina: Crisis, Instituciones y Crecimiento Capítulo III La Reconstrucción Institucional: El Sistema Financiero, La Política Social y Los Servicios Públicos*, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, Buenos Aires.
<http://www.fiel.org/publicaciones/SyC/PabloSpiller.pdf>. [22 de enero del 2007]

T. WALDE Y A. KOLO, “For an Interesting Discussion of the Meaning of “Legitimacy” and “Proportionality” in the Context of Environmental Regulation”, *Multilateral Investment Treaties And Environmental Expropriation Of Foreign Investment*.
http://www.gasandoil.com/goc/speeches/waelde_notes.htm.) 26 de febrero del 2007.

THE RESEARCH CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE: ICSID REPORTS, *Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 1965. Volume III, Grotious Publications Limited, Cambridge, 1993.

TOBIN, J. Y ROSE – ACKERMAN, S., “Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties”. <http://www.law.yale.edu/ouside/html/faculty/sroseak/profile.htm>. [23 de enero del 2007]

U.S. DEPARTMENT OF STATE, BILATERAL INVESTMENT TREATY PROGRAM FACT SHEET (Nov. 1, 2000) available at <http://www.state.gov/www/issues/economic/treaty.html> [12 de marzo del 2007].

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT: *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, 2000.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT: *Taking of Property*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, 2000.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT: *World Investment Report 2004: The Shift Towards Services*, United Nations Publication, New York, July 2004.

TREATY BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND GOVERNMENT OF [COUNTRY] CONCERNING THE ENCOURAGEMENT AND RECIPROCAL PROTECTION OF INVESTMENT, 1-36 (2004), available at: <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>

VÁSQUEZ RÍOS, A., *Los Derechos Reales: La Propiedad*, Tomo III, Segunda Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1996.

WADE, H. W. R. Y FORSITH C. F., *Administrative Law*, Oxford University Press, Londres, 2000.

WEILER, TODD, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltda., Great Britain, 2005.

TABLA DE JURISPRUDENCIA

Azurix Corp. c. República Argentina", caso N° ARB/01/12, registrado el 23 de octubre de 2001.

Bischoff Case, Venezuela Arbitration of 1903, Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1964, vol.II.
<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, CASO No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C, Caso No. ARB/98/5, Señor Eudoro Armando Olguín v. República del Paraguay.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Técnicas Medio ambientales TECMED S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, CASO No. ARB (AF)/00/2.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C., Inceysa Vallisoletana S.L. vs. La República del Salvador, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C. Caso CIADI No. ARB/3/26.

Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, caso N° ARB/97/7, fallado el 13 de noviembre de 2000 y modificado parcialmente el 31 de enero de 2001.

Marvin Feldman v. Mexico, International Centre for Settlement of Investment Disputes, No. ARB(AF)/99/1.
http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.PDF

Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, Final Award of July 1, 2004, in Case No. UN 3467.

Pope & Talbot vs. Government of Canada, Interim Award, June 26 /2000.
<http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>"

Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca contra México.

S.D. Myers v. Government of Canada, Partial Award, November 13/2000, pp. 286.
<http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.